

PRESENTED

TO

THE UNIVERSITY OF TORONTO

BY

THE UNIVERSITY OF STRASSBURG,

GERMANY.

JANUARY 10TH, 1891

DIE

COMPENSATION

IM CIVILPROCESS

DES

CLASSISCHEN ROEMISCHEN RECHTS.

EIN

RECHTSGESCHICHTLICHER VERSUCH,

HABILITATIONSSCHRIFT ALS PRIVAT-DOCENT DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT HEIDELBERG,

VON

GEORG ASHER.

BERLIN.
VERLAG VON S. CALVARY & CO.
1863.


LANDESBIBLIOTHEK STRASSBURG
K.U.&L.B.
DUBLETTE
STRASSBURG

Einleitung.

Es ist die Aufgabe der vorliegenden Arbeit, die Lehre von der Compensation lediglich vom rechtshistorischen Standpunkt aus zu betrachten. Diese Arbeit unterscheidet sich daher sowohl in der Anlage, als auch zum Theil in den Resultaten von ihren, namentlich in der neuesten Zeit, zahlreichen Vorgängerinnen. Sowohl der Kritik der früheren Ansichten, als der dogmatischen Forschung sich enthaltend, beschränkt sie sich auf den Versuch, durch möglichst wortgetreue Interpretation der Quellen dasjenige historische Resultat zu finden, das sich aus denselben ohne Zwang und gleichsam von selbst ergiebt. Trotz dieser Verschiedenheit der Anlage verdankt die Arbeit den früheren Forschungen und namentlich denen von Dernburg und Ubbelohde nicht allein den bei weitem grössten Theil des Materials, sondern auch viele Untersuchungen. Was ihr eigen zugehört und wie weit ihre Resultate richtig sind, darüber zu entscheiden, muss dem gütigen Leser überlassen bleiben.

Ehe wir nun zu jener Interpretation der einzelnen Quellen übergehen, scheint es dienlich, die Ansicht, die sich aus dem Ganzen ergiebt, im Zusammenhange darzustellen.

1. Die Compensation, wie wir sie im neueren Rechte kennen, d. h. das gegenseitige Aufrechnen wechselseitiger Geldforderungen, ist ein so naturgemässes Institut, dass wir uns kaum einen Verkehr ohne dasselbe denken können. Trotzdem ist es kaum zu bezweifeln, dass diese Aufrechnung dem ältesten römischen Rechte fremd war. Denn nach strengem altem Rechte standen zwei Obligationen, in denen dieselben Personen wechselseitig Gläubiger und Schuldner waren, in keinerlei

Beziehung zu einander. Jede von beiden hatte ihre fast körperliche Existenz, und eine Vermischung zwei verschiedener Obligationen, gleichviel welches die Beziehung der Gläubiger und Schuldner, schien unmöglich. Trat aber jenes wechselseitige Schuldverhältniss ein, so blieb nichts anderes übrig, als die beiden Forderungen in der gewöhnlichen Weise, nämlich durch Zahlung zu tilgen. Es wäre nun unbillig gewesen, wenn der eine der beiden Schuldner früher als der andere hätte zahlen sollen. So blieb denn das gleichzeitige Zahlen das einzige Mittel, die beiden Obligationen in befriedigender Weise zu lösen.

Diese Handlung des gemeinsamen Zahlens wird denn auch durch das Wort *compensare* so trefflich ausgedrückt, dass wir nicht daran zweifeln können, dass dies die ursprüngliche Bedeutung des Wortes und dass die gleichzeitige Zahlung die ursprüngliche Lösung wechselseitiger fälliger Geldforderungen gewesen ist.

2. Dieses gemeinsame Zahlen, in welchem dieselben Summen von beiden Seiten unnütz gegeben und genommen werden, widerstrebt aber dem gesunden Sinne eines praktischen Volkes und nichts kann näher liegen als der Gedanke, die *Aufrechnung* an die Stelle dieser unnützen Form treten zu lassen. Wir finden daher schon in dem frühesten römischen Verkehr, von dem wir verlässliche Nachricht haben, eine Art der Aufrechnung eingebürgert. Doch beschränkt sich diese Uebung soweit sie uns bekannt geworden, auf einen engen Kreis von Obligationen, diejenigen nämlich, welche in den Geschäftsbüchern der Patres familias und namentlich der Argentarier verzeichnet waren. Ferner hatte diese Compensation nicht den Charakter eines eigenen Rechtsinstituts. Sie geschah freiwillig und, wie es scheint, bediente man sich für sie nicht einer selbstständigen Form, sondern der bei der Zahlung hergebrachten, d. h. der Expunktion der entsprechenden Summen in den beiderseitigen Büchern.

Wichtig ist daher diese Art der Compensation für uns nur durch den Begriff, den man damit verband. Die Summen nämlich, in Bezug auf welche zwei Personen wechselseitig Gläubiger und Schuldner waren, erscheinen als wesenlos *(vacantes)*. Ihre Aufführung in den Büchern wurde gleichsam als ein Irrthum behandelt und die Tilgung wurde demgemäss mit demselben Ausdruck bezeichnet, der ursprünglich für das Tilgen irrthümlicher Posten eingeführt war, nämlich rationes *putare* — ein dem Ausschneiden todter Zweige entnommenes Bild.

3. Wieviel Unklares diese Anschauung auch noch haben mag, so enthält sie doch den Keim des Rechtsbewusstseins, das sich bei regerem Verkehr allgemeiner herausbilden musste und herausgebildet hat, und das heut der Compensation in dem Recht aller Länder und dem kaufmännischen Rechnungswesen aller civilisirten Völker zu Grunde liegt: *dass die in wechselseitigen Forderungen einander aufwiegenden Summen gleichsam wesenlos sind, und dass nur der Ueberschuss der einen Forderung über die andere eine wirkliche Existenz hat.* Diese Anschauung musste immer kräftiger hervortreten in dem Maasse als der Begriff der Einheit des Vermögens mehr und mehr das ganze Recht beherrschte. Es befremdet uns daher keineswegs, dass ein derartiges Bewusstsein bereits in den Anfängen der classischen Zeit durch die Rechtspraxis zur Geltung gebracht wurde, obgleich es damals nur stillschweigend, nicht ausdrücklich, als richtig anerkannt werden durfte.

Dasselbe widerspricht nämlich auf's Schroffste den Grundsätzen des altrömischen Civilrechts, nach welchem wie wir gesehen, ein solches Vermischen verschiedener Obligationen ein Unding war. Die Compensation des älteren classischen Rechts ist daher ein merkwürdiges Denkmal der Ausgleichung zweier einander bekämpfender Principien, in welcher das neue Princip siegte, ohne dass scheinbar dem älteren Eintrag geschah — wie wir

das in den Gebilden der classischen Rechtspraxis, d. h. des prätorischen Rechts so häufig finden.

Dieses eigenthümliche Resultat wurde durch ein Mittel herbeigeführt, wie es nur dem prätorischen Rechte zu Gebote stand. Der Prätor hatte ja, wie wir wissen, die Macht, in seiner Praxis das Civilrecht ganz oder theilweise zu berücksichtigen, oder auch es unberücksichtigt zu lassen; und gleichviel, welche von diesen drei Stellungen er dem Civilrecht gegenüber im einzelnen Falle einnahm, das Recht selbst wurde durch die prätorische Praxis nicht modificirt, es blieb dem Princip nach bestehen und verhielt sich der Praxis gegenüber wie diese gegen es, vollkommen indifferent.

So geschah es denn auch hier. Dem Princip nach war und blieb das Vermischen verschiedener Obligationen ein Unding. Aber in der Praxis wurde dennoch aufgerechnet. Wollte nämlich von zwei wechselseitigen Gläubigern der eine seine Forderung vor Gericht geltend machen, so wurde ihm auf Verlangen des Gegners aufgegeben, zuvörderst gleichsam freiwillig mit diesem die Abrechnung vorzunehmen, und weigerte er sich dessen, so wurde ihm für die eigene Forderung kein Gehör geschenkt.

Der geschehenen Abrechnung wurde dann dieselbe praktische Geltung verschafft, welche die gemeinsame Zahlung gehabt haben würde, während die vergebens versuchte Compensation die Wirkung einer vergeblichen Klage erhielt.

Die Compensation des älteren classischen Rechts war somit ein formell freiwilliger Act der jedoch dadurch indirect erzwungen wurde, dass man von ihm den Schutz der Forderung abhängig machte.

Wir würden uns übrigens sehr täuschen, wenn wir glaubten, es hätten die Römer dieses Mittel mit der Absichtlichkeit neuerer Gesetzgeber ausgesonnen und dann systematisch auf die einzelnen Fälle angewandt. Vielmehr spross ihnen die Compensation wie alle ihre Institute, mit Nothwendigkeit aus den gegebenen Verhält-

nissen hervor und drängte sich den Menschen gleichsam ohne ihr Wissen auf. Auch nahm demgemäss die Compensation nicht eine einzige bestimmte Form an, sondern sie trat in verschiedenen Formen auf, je nachdem sie mit dem einen oder dem andern Rechtsinstitut in Berührung kam. Nur war jener allgemeine Charakter all' den einzelnen Formen gemeinsam. Dies zeigt sich, wenn wir dieselben nach einander betrachten.

1. Es sind die Fälle, in denen die Compensation vorkommt, in zwei Klassen zu theilen, innerhalb deren wiederum mannigfache Verschiedenheiten sich zeigen, 1) die *Arbitrien,* 2) die *Stricti juris judicia.*

Diejenigen Arbitrien, bei denen die Compensation möglich ist, tragen schon auf der Stirn den Charakter, den wir als den gemeinsamen der älteren Compensation bezeichnet haben. Der Kläger unterwirft sich in denselben formell freiwillig im Voraus einem *zweiseitigen* Ausspruch des Arbiters, d. h. einem solchen, in welchem nicht allein der Beklagte, sondern auch der Kläger condemnirt werden kann. Durch dieses Eingehen des Klägers auf eine eventuelle Gegenforderung des Beklagten wird das Arbitrium schon an und für sich zu einer unter Leitung des Arbiter's vorgenommenen Abrechnung, deren Resultaten des Arbiter's Autorität dauernde Geltung verschafft.

Indirect gezwungen wird der Kläger, auf die eventuelle Gegenforderung einzugehen dadurch, dass ihm nur in dieser Form der Schutz seiner eigenen Forderung bewilligt wird.

Es lässt sich nun die Function des Arbiter's formell in folgenden verschiedenen Weisen denken: 1) Er hat nur das Vorhandensein von Forderungen auszusprechen, ohne direct zu deren Erfüllung verurtheilen zu können. 2) Er kann zugleich die Forderung anerkennen und zur Erfüllung verurtheilen. Ferner kann er in jedem dieser beiden Fälle entweder jede der beiden Parteien einzeln condemniren oder in einem gemeinsamen Spruch

die wechselseitigen Verpflichtungen ausgleichen. Alle diese Schattirungen der Function des Arbiters finden sich in den Fällen vertreten, die wir zu betrachten haben: den *Bonae fidei judicien*, dem *Schiedsrichterspruch* und den *Theilungsklagen*.

A. Im *Bonae fidei Judicium* war zur Zeit der classischen Juristen die Autorität des Arbiters in ihrer ganzen Vollkommenheit. Er konnte zur Erfüllung der wechselseitigen Forderungen verurtheilen. Er durfte dies sowohl nach einer doppelten Verhandlung thun, der actio directa und contraria, deren jede durch einen Urtheilsspruch beschlossen wurde, als auch nach einer einfachen Verhandlung, der actio directa mit Compensation.

Dass diese zweite Befugniss sich logisch aus der ersten ergiebt und nur eine Abkürzung jenes Verfahrens einschliesst, leuchtet auf den ersten Blick ein. Trotzdem scheint sie noch zu Ciceros Zeit dem Arbiter nicht zugestanden zu haben, sondern der principielle Widerwille gegen die Vermischung verschiedener Obligationen äusserte seine Wirkung hier auch noch im Process, und es war daher in allen Fällen wechselseitiger Ansprüche im Bonae fidei judicium die doppelte Verhandlung der actio directa und contraria, wenn auch vor demselben Richter, nöthig. Wann zuerst das abgekürzte Verfahren eingeführt worden ist, wissen wir nicht. Jedenfalls besteht zwischen ihm und jenem längeren nur theoretisch, nicht aber in Bezug auf die Parteien, ein principieller Unterschied. Nachdem daher die Compensation im Bonae fidei judicium angefangen hatte zu den Befugnissen des Arbiters zu gehören, unterwarf sich derselben gleichsam freiwillig ein jeder Kläger, der eine derartige Klage anstellte.

Hieraus ergiebt sich von selbst, dass eine eigene Ermächtigung zur Vollziehung der Compensation für den Arbiter im Bonae fidei judicium nicht erforderlich war. Hatte man es einmal zugelassen, dass die Actio contraria durch die Compensation ersetzt wurde, so verstand

es sich von selbst, dass der Arbiter zur ersteren wie zur letzteren ermächtigt war.

Uebrigens konnte in einer Reihe von Fällen, die uns Gajus aufgezählt hat, die Compensation dem in der actio directa Beklagten nicht dieselben Vortheile gewähren, als die actio contraria und letztere blieb daher neben jener fortbestehen. Wie die materielle Wirkung beider Rechtsmittel sich zu einander verhielt, lässt sich nicht mit Sicherheit bestimmen. Jedoch wissen wir, dass demjenigen, der in der actio directa mit dem Compensationsausspruch endgültig abgewiesen wurde, ganz ebenso, als ob er die Contrario actio erhoben hätte, hinfort die exceptio rei judicatae entgegenstand.

B. Es gab *Schiedsrichtersprüche* durch den Arbiter receptus, die mit dem Bonae fidei judicium manche Aehnlichkeit hatten; diejenigen nämlich, in denen ein ganzer Complex wechselseitiger Forderungen zum Austrag gebracht wurde. Das Urtheil des Schiedsrichters war dann wie das im Bonae fidei judicium ein zweiseitiges, und wie das eine so war das andere in der doppelten Art möglich, dass entweder beide Parteien einzeln condemnirt, oder aber beide Verpflichtungen gegen einander ausgeglichen wurden, so dass nur Derjenige, welcher mehr schuldete, und dieser auf den Ueberschuss, verurtheilt wurde.

Diese zweite Befugniss des Arbiter's ergiebt sich logisch aus der ersteren, und auch hier liegt daher schon in der Ernennung des Arbiters die Erklärung, dass beide Parteien zur Compensation bereit sind.

C. In den *Theilungsklagen* kommt die Compensation in ähnlicher Weise zur Geltung als in den bisher betrachteten Arbitrien. Wie diese ist die Theilungsklage zweiseitig d. h. der Kläger in derselben unterwirft sich freiwillig der Möglichkeit, zu einer Gegenleistung verurtheilt zu werden. Von dieser wechselseitigen Verurtheilung ist auch hier die Compensation eine Abkürzung. Dieselbe wurde jedoch hier, trotz ihrer offenbaren Nützlichkeit, wie es scheint, von den römischen

Juristen längere Zeit beanstandet, und zwar aus zwei wichtigen formellen Gründen: Zuvörderst war die Theilungsklage eine civile Klage, und jenes principielle Widerstreben des Civilrechts wirkte daher hier schon an sich kräftiger, ferner aber war auch die Natur dieses Arbitriums dazu angethan, jenes Bedenken zu seiner vollen Wirkung zu bringen. Denn der Urtheilsspruch des Arbiters in der Theilungsklage lief ja nicht auf *Zahlung* hinaus, sondern auf das *Vorhandensein von Rechten.* Die Compensation musste daher in der Weise vorgenommen werden, dass der Arbiter zwei wechselseitige Obligationen, deren Vorhandensein er anerkannte, durch gegenseitige Ausgleichung in Eine — auf den Ueberschuss lautende — umschuf. Dies muss als eine grosse formelle Gewaltsamkeit lange unmöglich gewesen sein. Dennoch siegte auch hier die Utilität. Vermuthlich weil in derartigen Abrechnungen die Freiwilligkeit der Parteien meist eine wirkliche und nur selten eine blos formelle war; und die Function des Arbiters in der That hauptsächlich darin bestand, einem gütlichen Abkommen durch die gerichtliche Sanction einen festen Boden zu verleihen.

5. Während sich in den bisher betrachteten *Arbitrien* die Compensation als eine logische Folge der innewohnenden Zweiseitigkeit zeigte, sind die *Stricti juris judicia* ihrer Natur nach einseitige Klagen. Die Zweiseitigkeit, welche die nothwendige Bedingung der Compensation ist, musste daher künstlich in diese Judicia hineingetragen werden.

Am regelmässigsten und vermuthlich früher als irgend sonst, bot sich dazu die Veranlassung in den Beziehungen der Argentarier zu ihren Kunden. Diese Beziehung ist fast immer derart, dass aus derselben *wechselseitige Forderungen* entstehen. Der Argentarius empfing Deposita, eröffnete dafür ein Conto, und erlaubte somit, die Deposita in grösseren oder kleineren Summen wieder zu entnehmen; und gewährte häufig über das Depositum hinaus dem Kunden einen Credit. Aus diesen

wechselseitigen Beziehungen erwuchs jedoch nur dem Kunden, nicht aber dem Argentar die zweiseitige Actio Depositi, welche schon ihrer Natur nach die Anerkennung der Gegenforderung einschloss. Der Argentar hatte die einseitige Condictio certi.

Diese, aus den allgemeinen Rechtsregeln sich ergebende Begünstigung des Argentars war wohl nicht unbedenklich in jener früheren Zeit, ehe die Argentarier zu einer Macht im Staate geworden waren, und ehe sie sich das Wesen social hochgestellter Kaufleute angeeignet hatten. Gegen jene Argentarier, welche der Spott des Plautus so häufig trifft, war der eigenthümliche Schutz nothwendig, den der Prätor in vorsorglicher Weise gewährt hat.

Dieser Schutz schliesst sich an jene schon in früher Zeit bestehende Sitte an, durch freiwillige Aufrechnung die Forderungen zwischen Argentar und Kunden auszugleichen. Die Ausgleichung, zu welcher er also durch die Sitte ohnehin verpflichtet war, wurde zur Bedingung des dem Argentar gewährten Schutzes gemacht. Er wurde, wie gesagt, gezwungen, formell freiwillig aufzurechnen, wenn er sich zum Schutz seiner eigenen Forderung verhelfen wollte. Dies, und nichts anderes liegt in der bekannten Formel: *Si paret N^{um} A^{0}* (Argentario) *HS X Milia amplius quam A^{m} N^{0} dare oportere.*

6. Aber die Beziehungen des Argentars waren keineswegs die einzigen, in denen eine derartige künstliche Zweiseitigkeit der Klage wünschenswerth war. Die mannigfachen Umstände, welche der Argentarierklage zu Grunde lagen, fanden sich jedoch in derselben Vollständigkeit anderweitig selten vor. Nur der vom Argentar Beklagte hat regelmässig eine Gegenforderung, und diese eine civile und fällige. Nur der Argentar ist verpflichtet, die Gegenforderung zu kennen und sogar die Beweismittel dafür zu liefern.

Zwar fanden sich auch in anderen wechselseitigen Beziehungen, die zu stricti juris Klagen führten, gewiss

oft mehrere dieser Umstände zusammen. Zuweilen auch mochte der Kläger freiwillig geneigt sein, die Argentarformel für seine Klage zu fordern; und sie wurde ihm dann ohne Zweifel bewilligt. Aber dennoch reichte all das für die Compensation im Stricti juris judicium nicht aus; und neben der Argentarierformel finden sich daher noch andere Formen vor. Ueber diese Formen sind wir jedoch nicht durchaus gut unterrichtet. Was wir wissen genügt aber, um uns von diesem wichtigsten Theile der älteren Compensationslehre ein allgemeines Bild zu verschaffen, welches sich etwa in folgenden Worten zusammenfassen lässt.

Die ältere Compensation im Stricti juris judicium trägt denselben Charakter als die andern gleichzeitigen die wir kennen gelernt haben, den der formellen Freiwilligkeit. Es sind die Parteien selbst, die mit einander aufrechnen, und der Prätor nöthigt nur den Kläger, sich auf die Aufrechnung einzulassen, indem er ihm andernfalls mit Abweisung droht. Dieses Verhältniss nimmt jedoch hier eine andere Form an, als in den bisher betrachteten Fällen. Während in den Arbitrien eine specielle Ermächtigung zur Compensation nicht erforderlich war, weil dieselbe logisch aus dem allgemeinen Auftrag des Arbiters folgte, während in der Argentarierklage der Kläger gezwungen ist, auch ohne Zuthun des Beklagten sofort in der Klage die Abrechnung vorzunehmen, wird dieses Geschäft hier in einer mehr natürlichen Weise dem *Beklagten* überlassen; und dem Kläger nur der Zwang auferlegt, sich der Abrechnung zu fügen. Im Stricti juris judicium wird *per exceptionem* compensirt.

Wollen wir nun näher auf diese Compensation eingehen, so finden wir in unsern Nachrichten eine überaus bedauernswerthe Lücke, die wir beim Mangel an Analogieen selbst nicht durch Vermuthungen ausfüllen können. Wir wissen nämlich aus Beispielen die uns erhalten sind, dass die ältere Compensation im Stricti juris judicium in der doppelten Weise möglich war,

die sich bei jeder Art von Compensation findet: 1) dass die Gegenforderung die Hauptforderung *aufhob*, 2) dass sie dieselbe nur *minderte*. Obgleich nun ohne Zweifel der zweite Fall ungleich häufiger war als der erste, und den eigentlichen Normalfall bildete, so können wir uns doch nur von dem ersten ein einigermassen klares Bild schaffen.

War nämlich die Gegenforderung der Hauptforderung gleich, so verstand es sich von selbst, dass in der Exceptio diese Thatsache einfach ausgeführt, und falls sie bewiesen war, der Kläger einfach abgewiesen wurde. Auch wissen wir, aus positiven Nachrichten, dass die Römer sich dieses Verfahren als eine vor dem Richter stattgehabte, gleichsam freiwillige Abrechnung der Parteien dachten: *Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare.*

Wie aber verhält es sich, wenn der Beklagte weniger als der Kläger forderte? Dass in diesem Falle eine Minderung der Condemnation stattfand, unterliegt keinem Zweifel. Aber welche Form hier Exception und Condemnation annahmen, davon vermögen wir uns kein Bild zu verschaffen. Wir können freilich mit Sicherheit annehmen, dass die Exceptio wie alle derartigen Exceptionen der älteren Zeit *in factum concepta* war, und dass auch hier die formelle Freiwilligkeit durchgeführt wurde: die Form selbst jedoch, die für römische Rechtsinstitute so unendlich bedeutend ist, haben wir verloren, und damit einen der wichtigsten Schlusssteine in der Geschichte der Compensation.

7. Es entspricht dem ganzen Wesen der älteren Compensation, dass dieselbe nur da eintrat, wo eine freiwillige Abrechnung im eigentlichsten Sinne möglich war. Dies äussert sich in verschiedener, fast entgegengesetzter Weise im Stricti juris judicium einerseits und in den Arbitrien andererseits.

Im Stricti juris judicium, wo auf bestimmtes Geld oder ein bestimmtes Quantum, eine bestimmte Art Wein,

Getreide etc. geklagt wurde, war die Compensation nur in soweit möglich, als dagegen Geld, Getreide etc. in mathematischer Weise abgerechnet konnte. Daher mussten die beiden Forderungen gleichartig, beide civile, beide fällig sein, d. h. mit einem Worte diejenigen Voraussetzungen erfüllen, die für eine mathematische Abrechnung die normalen sind.

Anders bei den Arbitrien. Hier wurden die beiden Forderungen, gleichviel welcher Art sie gewesen waren, erst durch den Ausspruch des Arbiters in fällige civile Geldforderungen verwandelt, und dann compensirt. In der That war, wie wir gesehen haben, jene Verwandlung das erste, die Compensation nur ein späteres Stadium der Thätigkeit des Arbiter's.

8. Fragen wir uns nun, *wann* die verschiedenen Arten der älteren Compensation eingeführt wurden, so können wir die ziemlich vagen Vermuthungen, die unsere Antwort sind, nicht ohne das bange Gefühl äussern, dass dieselben wenig Glauben finden werden. Nicht so sehr, weil ihre eigene Basis keine allzufeste ist; sondern weil ihnen eine ohne alle Zweifel irrige Meinung entgegensteht, die eben darum schwer zu bekämpfen ist, weil sie sich trotz ihrer gänzlichen Haltlosigkeit eingebürgert und die Festigkeit eines Dogma's angenommen hat. Es ist dies der Glaube, *die Compensation im Stricti juris judicium sei durch Marc Aurel eingeführt.* Diese Ansicht beruht ursprünglich auf einer offenbar falschen Uebersetzung, sie widerspricht einer Anzahl unzweifelhafter Quellenzeugnisse und hat sich dennoch behauptet; wie sollten wir sie erschüttern können? Gleichviel aber ob dieser Versuch gelungen oder misslungen ist: eine Antwort auf jene Frage dürfen wir nicht schuldig bleiben.

Es scheint denn, als wären die bisher besprochenen Arten der Compensation in derjenigen Reihenfolge in's Leben getreten, in der sie die Bedürfnisse des Verkehrs hervorrufen mussten; die nothwendigsten Arten zuerst,

die minder nothwendigen später; und zwar ist wohl die Reihenfolge diese gewesen:

Argentarierklage, andere *Stricti juris judicia*, *Arbitrien*.

Die *Argentarierklage* trägt in auffallender Weise den Stempel des vorclassischen Ursprungs, sie schliesst sich ferner eng an einen bereits früher bestehenden Gebrauch freiwilliger Abrechnung an; und es ist ausserdem kaum denkbar, dass sie *nach* der Einführung der Compensation in die andere Stricti juris judicia entstanden sei. Daher sind wir wohl berechtigt, sie für die älteste Art der Compensation im Stricti juris judicium zu halten, wie sie denn auch diejenige ist, die durch die Bedürfnisse des Verkehrs zuerst hervorgerufen werden musste.

Die Compensation in den anderen *Stricti juris judicien* war bereits zu des Labeo Zeit vollkommen eingebürgert und trägt überhaupt in der ganzen classischen Jurisprudenz den Charakter eines festbegründeten tiefeingewurzelten Instituts. Es ist daher aller Grund vorhanden, anzunehmen, dass dieses Institut mit zu den zahlreichen prätorischen Bildungen auf der Basis der Lex Aebutia gehört, welche den beiden letzten Jahrhunderten der Republik ihre Entstehung und Entwicklung, dem Anfang der Kaiserzeit ihre volle Entfaltung verdanken.

In den *Arbitrien* endlich ist die Compensation gewiss zuletzt durchgedrungen, nachdem sie sich bereits den Rechtsideen der Nation fest eingebürgert hatte. Sie war hier weniger Bedürfniss, weil diese schon an sich zweiseitigen Klagen, wenn auch langsamer, zu demselben Ziele führten; und man sieht noch deutlich, wie die Abkürzung allmählig an die Stelle des längeren Verfahrens trat. Noch für den Gajus hat die Befugniss zur Compensation im Bonae fidei judicium etwas befremdliches; und dieselbe Befugniss wird in den beiden andern Arbitrien mit Berufung auf die Autorität grosser Rechtslehrer ertheilt, ein deutlicher Beweis, dass hier noch Zweifel zu überwinden waren; und nicht alte festbegründete Einrichtungen vor uns liegen.

9. Ehe wir von der älteren Compensation zu deren neueren Modificationen übergehen, müssen wir noch eines Instituts Erwähnung thun, das ohne eigentlich zur Compensation zu gehören, an dieselbe grenzt, nämlich der *Deduction bei der Klage des Bonorum Emtor*.

Der Bonorum Emtor trat bekanntlich in der Art an die Stelle des Cridar's, dass ihm dessen Klagen durch eine Fiction übertragen wurden, während er die Verpflichtungen bis zur Höhe der Procente, die er geboten, zu erfüllen hatte. Zwischen dem Bonorum Emtor und denjenigen, die zugleich Gläubiger und Schuldner der Masse waren, traten daher Beziehungen ein, welche denen, die der Compensation vorangehen, ähnlich aber nicht gleich sind. Ein wechselseitiges Schuldverhältniss bestand nicht, denn der Bonorum Emtor ward durch die Emtio weder Gläubiger noch Schuldner, er wurde nur Kläger und Beklagter. Auch war er nicht im Stande, das zwischen dem Cridar und dessen Glänbigern vorhandene Schuldverhältniss durch Zahlung der Procente ganz aufzuheben. Jene hörten nur in soweit auf Gläubiger zu sein, als sie (durch Vermittlung des Bonorum Emtor's) aus der Masse befriedigt wurden.

Dieser Grundlage entspricht die Klage des Bonorum Emtor's gegen die Massengläubiger. Diese Klage wird nur unter der Bedingung der Abrechnung gewährt, d. h. es muss in der Condemnation so viel in Abzug gebracht werden, als in Folge des Accordes an den Gläubiger zu zahlen ist. Dieser Abzug ist rein factischer Natur. Er hebt die Verpflichtung des Cridar's nur in soweit auf, als er wirklich eine Befriedigung des Gläubigers enthält, und lässt die Restforderung unbehindert fortbestehen. Eine *Obligation* geht daher durch diese Abrechnung nicht zu Grunde. Wohl aber verliert selbstverständlicher Weise der Gläubiger die ihm durch Vermittlung des Prätor's gewährte *Klage* gegen den Bonorum Emtor, weil er ja in dieser Beziehung durch die Abrechnung vollkommen befriedigt worden ist.

10. Dieses also war die Gestalt, welche die processualische Abrechnung zur Zeit des Gajus hatte. Nach dieser Zeit traten zwei mehr innerlich wichtige als äusserlich schroff hervortretende Modificationen ein, die das Institut zu dem machten, was es zur Zeit des Ulpian und Paulus war.

Die erste dieser Modifikationen bestand darin, *dass im stricti juris judicium an die Stelle der* **Exceptio in factum concepta** *die* **Exceptio doli** *trat.* Indem Marc Aurel durch ein Rescript diese Neuerung guthiess und somit dauernd einführte, war er sich gewiss nicht bewusst, von wie grosser rechtshistorischer Bedeutung dieselbe war. Ihm schien es sicherlich, als sollte nur eine bequeme Form an die Stelle einer unbequemen gesetzt werden, ohne dass sich sonst etwas änderte. Auch liegt in der That die Bedeutung dieses Actes nicht in seinen praktischen Wirkungen, sondern in dem Umschwung der Rechtsüberzeugung, für welchen er ein sprechender Beweis ist.

Der Zweck der doli exceptio war, nach dem Ausdruck des Paulus: *Ne cui dolus suus contra naturalem aequitatem prosit.* Eines solchen Dolus machte sich also nach der Anschauung des Marc Aurel und seiner Zeitgenossen derjenige schuldig, der eine Forderung einklagte, ohne die Gegenforderung in Abzug zu bringen. Wie wir gesehen haben war die ganze ältere Compensation ein Denkmal des Kampfes zwischen zwei widersprechenden Principen: Der Unvermischbarkeit verschiedener Obligationen einerseits, der gegenseitigen Aufhebung gleicher wechselseitiger Verpflichtungen andererseits. Bisher war es gelungen, durch die Fiction der freiwilligen Aufrechnung scheinbar beide Principien zur Geltung zu bringen. Praktisch jedoch hatte das zweite die ungetheilte Herrschaft erlangt, und das erste stand fast als wesenlose Fiction neben ihm. Die Einführung der Compensation durch Exceptio Doli ist nun ein sprechender Beweis dafür, dass auf dieser Bahn die öffentliche Ueberzeugung der Rechtsbildung noch vorangeeilt

war. Das Princip der Unvermischbarkeit verschiedener Forderungen hatte in der öffentlichen Meinung allen Boden verloren, und wer sich dessen formelle Geltung zu Nutze machen wollte, schien eine Unredlichkeit zu begehen.

Im Uebrigen war durch die Neuerung nichts geändert. Auf Grund der Exceptio Doli, wie bisher auf Grund der Exceptio in factum concepta konnte sowohl eine Abweisung als eine Minderung eintreten. Welche Form im letztern Falle die Condemnatio annahm, ist jedoch hier ebensowenig festzustellen, als bei der Exceptio in factum concepta.

11. Bis zur Zeit des Marc Aurel und selbst auch nachdem die Compensation durch Exceptio Doli eingeführt war, blieb dennoch formell das Princip bestehen, dass zwei verschiedene Obligationen nicht mit einander vermischt werden können und dass daher wechselseitige Forderungen zum gleichen Betrage einander gegenseitig nicht aufheben, wenn auch diesem Princip fast alle materielle Wirkung genommen war.

Um jene Zeit aber begann in der römischen Rechtswissenschaft eine Bewegung, von der sich mannigfache Aeusserungen erhalten haben, und welche dahin ging, das Ueberlebte nicht allein aus der Praxis, sondern auch aus der Theorie auszuscheiden, und ihm nicht nur die materiellen, sondern auch die formellen Wirkungen zu nehmen. Diese Bewegung ergriff auch die Theorie der Compensation. Um uns zu vergegenwärtigen, wie das geschah, wollen wir noch einmal das Resultat der bisherigen Entwickelung auf unserem Gebiete betrachten.

In der Zeit unmittelbar nach Marc Aurel war die Compensation in folgender Art im Gebrauch: In den Arbitrien gehörte sie, ohne besondere Instruction, zu den Befugnissen des Richters. Der Kläger unterwarf sich ihr durch die Thatsache, dass er die Klage anstellte. In der Argentarierklage kam sie durch eine constante Formel in allen Fällen zur Geltung. In den übrigen

Stricti juris judicien trat fast dasselbe Verhältniss als in dem Bonae fidei judicium ein. Denn die Exceptio Doli konnte von dem Kläger ohne alle Gefahr ausgewirkt werden, und durch sie wurde die Befugniss des Richters innerhalb des Kreises der Exceptio ganz ähnlich der des Arbiter in jenen Judicien. Die Thätigkeit des Richters, der somit jetzt das ganze Institut anheimfiel, war aber in dieser Beziehung ebenso fest geordnet, als auf dem Gebiete des Civilrechts. Wie die civilrechtlichen Institute, so hatte auch die Compensation ihre vollkommen construirte Theorie, die von den Rechtslehrern durchgebildet war.

Die Compensation würde somit bereits in die Reihe der civilrechtlichen Institute getreten sein, wenn nicht einige ältere Formen und Ausdrücke sowie einige Erscheinungen des materiellen Rechts als Reste des früher gewesenen stehen geblieben wären.

Unter den noch übrigen **materiellen Wirkungen** ist die wichtigste diese:

Die Compensation tritt nicht durch das Zusammenfallen der wechselseitigen Forderungen ein, sondern durch die formell freiwillige Abrechnung der Parteien; sie bewahrt insoweit die Fiction einer wirklich geschehenen Abrechnung. Ihr *Zeitpunkt* ist daher *nicht* der des Zusammenfallens, sondern sie tritt erst ein, nachdem die Parteien zur Abrechnung Gelegenheit erhalten haben, d. h. nach der Litis Contestation, und dies hat unter andern zwei wichtige Folgen:

a) Waren auf der einen Seite höhere, auf der andern niedere Zinsen zu zahlen, oder auf der einen Seite Zinsen, auf der andern keine, so dauerte dieses Verhältniss bis zur Litis Contestation fort, d. h. so lange die beiden Forderungen selbst fortlebten. Hätten sie mit dem Zusammenfall zu existiren aufgehört, so selbstverständlicher Weise auch die Zinsen.

b) Waren aus einem Bonae fidei Contrakt wechselseitige Forderungen entstanden, so hoben sie einander nicht auf, sondern lebten bis zum Process neben einan-

der fort. Wurde daher die Eine trotz der vorhandenen Gegenforderung dennoch erfüllt, so konnte das Gezahlte nicht als *indebitum solutum* zurückgefordert werden, weil eben ein *Debitum* kein *Indebitum* gezahlt war.

Von den **formellen Ueberresten** ist bei weitem der wichtigste der, dass im Stricti juris judicium noch immer die ganze Forderung eingeklagt wurde und erst durch die Exceptio die Abrechnung geschah. Wäre die Compensation zur Zeit des Zusammenfalles eingetreten, so wäre nur der Ueberschuss als Debitum geblieben und nur auf diesen hätte ohne Gefahr geklagt werden können.

Aus dem Fortbestehen dieser Form folgte denn auch dies: Wenn der Procurator eines Abwesenden belangt wurde und im Namen des Hauptschuldners die Exceptio vorbrachte, so musste er dafür Caution leisten, dass diese Abrechnung gutgeheissen würde.

Hätte hingegen die Compensation zur Zeit des Zusammenfalls Statt gehabt, so wäre der Procurator von vorn herein nur auf den Ueberschuss belangt worden; eine Abrechnung durch Exceptio wäre nicht vorgekommen, und es wäre also auch zu einer Caution keine Veranlassung gewesen.

Von den **übrig gebliebenen Ausdrücken** sind namentlich die bemerkenswerth, in denen die formelle Freiwilligkeit der Compensation sich am deutlichsten ausprägt, wie *compensare potes, si compensare velis, compensatio admittitur*, während in der That in all' den Fällen, wo diese Ausdrücke angewandt wurden, ein indirecter Zwang stattfand.

12. Es lässt sich nun in der Zeit, in der die Entwicklung unserer Lehre soweit gediehen war, bei den classischen Juristen das Bestreben nicht verkennen, durch kräftige Eingriffe in die Theorie und Praxis, beide mehr auszugleichen, um die ersteren dem Verständniss der lebenden Generation nahe zu bringen. Indem sie dies thaten, gehorchten sie dem Bedürfniss der bereits

auffallend sinkenden Rechtskunde, der das Festhalten von Abstractionen, die aus längst überwundenen Zuständen und Anschauungen hervorgegangen waren, ernstliche Schwierigkeiten bereitete. Es ist daher nur eine von vielen gleichartigen Erscheinungen, dass in dieser Zeit der Gedanke aufstieg, die Verschiedenheiten auszumerzen, welche die Compensation von den civilrechtlichen Instituten trennten, und sie ganz unter diese einzureihen.

Vermuthlich ging dieser Gedanke von Papinian aus, der ihn als Präfectus Prätorio am besten auszuführen im Stande war, und der sich überhaupt die Verehrung die ihm spätere Jahrhunderte so reichlich gezollt haben, am meisten durch das Bestreben erworben hatte, das römische Recht, (nicht ohne einige Gewaltsamkeit) so zu gestalten, dass es die Zeit des offenbar herannahenden Verfalls überdauern konnte.

Gleichviel aber von wem die Veränderung ausgegangen ist, jedenfalls ist sie zur Zeit des Ulpian und Paulus vollkommen durchgeführt gewesen und wird von diesen beiden Juristen sowie von Alexander Severus ausdrücklich mit den Worten anerkannt: *es finde jetzt die Compensation* **ipso jure** *statt.* Von Papinian und Septimius haben wir gleichfalls Entscheidungen in denen das Princip sich ausspricht; doch ohne ausdrücklich erwähnt zu sein. Da wir aber von dem, was sie an Rechtssprüchen hinterlassen haben, ohne Zweifel nur einen verschwindenden Bruchtheil besitzen, so ist es immerhin wahrscheinlich genug, dass mit dem Princip auch dessen Ausdruck dem Papinian angehört.

Was nun die Ausführung des Princips betrifft, so bestand sie einfach darin, dass die oben berührten Unterschiede, welche die Compensation noch von den civilrechtlichen Instituten trennten, hinweggeräumt wurden.

Also trat jetzt die Compensation sofort beim Zusammenfall wechselseitiger Forderungen ein, nicht erst nach der Litiscontestation. Im Augenblick wo zwei wechselseitige Forderungen vorhanden waren, die sich

ihrer Natur nach zur Aufrechnung eigneten, d. h. gleichartige und fällige, so fand diese Aufrechnung ohne Zuthun eines Menschen statt. Waren beide Forderungen gleich hoch, so verschwanden beide. Waren sie ungleich, so verschwand die kleinere, und von der grösseren blieb nur der Ueberschuss.

Dieses Princip wurde in all' seinen Consequenzen durchgeführt und zerstörte daher alles, was an materiellen und formellen Folgen von der alten Fiction der wirklich geschehenen freiwilligen Aufrechnung noch übrig war.

1) In dem Augenblick des Zusammenfallens hörten für die vernichteten Forderungen oder Theile von Forderungen selbstverständlicher Weise die Zinsen auf.

2) Waren aus einem Bonae fidei Contract zwei wechselseitige gleich hohe Forderungen entstanden, so hörten beide im Augenblick des Zusammenfallens, d. h. bei der Entstehung der zweiten zu existiren auf. Wurde dann eine der so aufgehobenen Forderungen dennoch gezahlt, so konnte das Gezahlte mit der Condictio indebiti zurückgefordert werden.

3) Am frappantesten zeigten sich die Consequenzen der veränderten Theorie in den veränderten Formen der Compensation im Stricti juris judicium.

Früher durfte hier auch derjenige Kläger, gegen den eine Gegenforderung bestand, die ganze Forderung einklagen, ohne den Betrag der Gegenforderung abzuziehen. Es blieb dann dem Beklagten überlassen, seinerseits durch Exceptio die Gegenforderung zur Compensation zu bringen.

Jetzt aber konnte dies nicht mehr geschehen, ohne dass der Kläger eine Pluspetitio beging und dadurch dringende Gefahr lief, den Process zu verlieren. Denn da von den beiden früheren Forderungen Alles bis auf den Ueberschuss der grösseren untergegangen war, so blieb nur dieser Ueberschuss als wahres Debitum. Wurde also die eine oder die andere Forderung *ganz* eingeklagt, so musste, auch ohne Beibringung der Exceptio, einfach durch Nachweis der Sachlage während

des Processes, der Beklagte den Process gewinnen; und der Kläger durch *causa cadere* das Ganze seines Anspruchs verlieren.

Welche Form nahm also jetzt die Klage an? Einfach die, dass eingeklagt wurde was wirklich noch von Rechtswegen zu fordern war, nämlich der Ueberschuss.

Etwas ähnliches war früher freilich schon in der Argentarierklage geschehen; doch unterscheidet sich die Form der ipso jure Compensation im Stricti juris judicium merklich von jener Klage, deren Intentio bekanntlich lautete:

Si paret N^{um} A^{0} *HS. Milia amplius quam* A^{um} N^{0} *dare oportere.* In dieser Intentio wurde, der damaligen Sachlage gemäss, ein zur Zeit der Litiscontestation noch bestehendes wechselseitiges Schuldverhältniss anerkannt, welches erst dann, durch Novation, auf ein einfaches, den Ueberschuss enthaltendes zurückgeführt wurde.

Jetzt aber lautete die Intentio: *Si paret* N^{um} A^{0} *HS. Decem milia dare oportere.* Denn bereits *vor* der Litiscontestation, zur Zeit des Zusammenfallens, war das frühere wechselseitige Schuldverhältniss auf ein einfaches reducirt. Eine *dare oportere* des Klägers an den Beklagten fand nicht mehr statt; und obige Intentio wäre daher jetzt unrichtig gewesen. Das frühere ganz beseitigte Schuldverhältniss ging den Richter nicht an, der sich nur mit den gegenwärtigen Rechtsverhältnissen zu befassen hatte.

13. Obgleich nun sowohl im materiellen, als im formellen Recht das zweite jener sich bekämpfenden Principien den vollständigsten Sieg errungen hatte, so blieben doch auch nachher von dem was früher gewesen war, manche Spuren übrig.

Es wurde die ganze alte Terminologie beibehalten, in der sich die formelle Freiwilligkeit der älteren Compensation abspiegelt. Obgleich selbst formell die Thätigkeit der Parteien in Herbeiführung der Compensation nicht mehr fortdauerte, sondern dieselbe dem ausge-

sprochenen Princip nach ohne die Mitwirkung eines Menschen, schon durch das Recht selbst geschah, blieben also dennoch die Ausdrücke, die sich aus jenen älteren Anschauungen herschreiben z. B. *compensare potes, compensatio admittitur* u. s. w.

Auch ist das keineswegs befremdend. Denn die wirkliche Freiwilligkeit hatte schon so lange aufgehört, dass davon keine Erinnerung zurückblieb; und jene Ausdrücke wurden seit undenklicher Zeit dennoch angewandt, obgleich keine wirkliche Freiwilligkeit sondern ein indirecter Zwang vorhanden war.

Auf die neuen Anschauungen passten jene Ausdrücke freilich noch weniger, und jeder Grund sie beizubehalten, war jetzt fortgefallen. Doch war auch kein Interesse vorhanden, sie zu ändern, und darum blieben sie aus alter Gewohnheit.

Ein solcher Widerspruch zwischen Inhalt und Form wäre nun freilich zur Zeit des Labeo undenkbar gewesen. Aber jetzt hatte man sich lange daran gewöhnt, viele der alten, auf überwundenen Anschauungen beruhenden Formen mit Leichtfertigkeit zu behandeln, und sie dennoch beizubehalten, indem man ihre Anwendung nach der Utilität modificirte. Dadurch war mit dem vollen warmen Rechtsleben auch der innige Zusammenhang zwischen Inhalt und Form gewichen, der die Anfänge der classischen Periode so merkwürdig kennzeichnet.

14. Wir haben bisher gesehen, wie in dem Kampfe zwischen den beiden widersprechenden Principien das der *Unvermischbarkeit der Obligationen* dem *des Erlöschens zusammenfallender wechselseitiger Forderungen* gewichen war. Es hat sich uns gezeigt, dass am Ende der classischen Periode demgemäss im Stricti Juris Judicium die Compensation durch Exceptio doli der ipso jure Compensation den Platz räumen musste. Dennoch haben wir allen Grund anzunehmen, dass diese Beseitigung keine vollständige und durchgreifende gewesen ist.

In der Zeit des beginnenden Verfalls, in welcher diese Aenderung der Theorie vorgenommen wurde, musste es schwer sein, ihr alsobald in allen Entscheidungen des gewaltigen römischen Reiches Geltung zu verschaffen.

Der Gebrauch durch Exceptio zu compensiren war schon als ein althergebrachter schwer zu beseitigen. Auch jetzt noch bot sich ja volle Gelegenheit zur Anwendung des alten Brauches.

Klagte Jemand, des neuen Rechtes unkundig, oder selbst aus bösem Willen auf das *Ganze*, so war diese Klage gewiss dolos, und die Exceptio doli war vollkommen gegen sie wirksam.

Zwar hätte in solchem Falle der Beklagte noch mehr, nämlich die *Vernichtung der eigenen Schuld* erreicht, wenn er sich einfach auf die neue Theorie des Jus Civile, nämlich die *ipso jure compensatio* berufen und das *causa cadere* des Klägers herbeigeführt hätte. Aber wo eine auf Jus Civile gestützte Vertheidigung mit der Exceptio concurrirte, hielten die Römer es für sicherer, die letztere zu wählen, wohl deswegen, weil ja der Richter in Bezug auf einzelne Theorien des Civilrechts mit dem Beklagten verschiedener Ansicht sein konnte, während es ihm unmöglich war, gegen den ausdrücklichen in der Exceptio enthaltenen Befehl des Prätors zu handeln. Eine solche Vorsicht war aber hier um so mehr am Platze, weil ja hier der Umschwung in der Theorie des Civilrechts neu war, und den Richter unberührt gelassen haben konnte.

Aber selbst wo ein solches Bedenken nicht existirte, würde in jener Zeit wohl schwerlich ein anständiger Mann sich des Vortheils bedient haben, den die unrichtige Klaganstellung des in der neuen Theorie nicht bewanderten Klägers gewährte; und selbst wenn der Beklagte sich gern dazu verstand, eine solche Unbilligkeit zu begehen, so mochte ihm der Richter das absichtlich erschweren, wie ja auch heut genug Entscheidungen mit vollem Bewusstsein gegen das strenge Recht und nach

einer mehr oder weniger wohl verstandenen Billigkeit gefällt werden.

Dass die *ipso jure compensatio* in der That auf solchen Widerstand des unbefriedigten Rechtsbewusstseins gestossen ist, und selbst in der Zeit ihrer Entstehung sich den Zeitgenossen als etwas Künstliches darstellte, scheint aus der ausdrücklichen Einschärfung des Princips hervorzugehen, der wir in unseren wenig ergiebigen Quellen, verhältnissmässig so häufig begegnen, und die deutlich genug für die Fortdauer des entgegengesetzten Bewusstseins spricht.

Wie dem auch sei, so ist es wohl eine Thatsache, dass die Compensation durch Exceptio während der Zeit des gänzlichen Verfalls nicht allein nicht aufgehört sondern im Gegentheil die *ipso jure* Compensation aus dem Stricti Juris Judicium wiederum verdrängt hat.

Wenigstens scheint in der Zeit, als Justinian die Wiederherstellung des Rechts theils unglücklich theils glücklich versuchte, eine derartige Praxis bestanden zu haben.

Er unternahm es, die *ipso jure compensatio*, die er ja bei den von ihm am höchsten geschätzten Lehrer vorfand, wiederum einzuführen. Aber eben die durchaus irrige Anschauung dieses Instituts, die sich in seinem Wiederherstellungsversuch ausspricht, beweist am besten, dass die *ipso jure compensatio* damals ganz aus dem Rechtsbewusstsein und somit auch aus der Uebung geschwunden war.

Die genauere Charakteristik des justinianischen Versuchs, sowie die andern Einzelheiten, die in dieser Einleitung zu einem Ganzen zusammengefasst sind, wird der gütige Leser in der vorliegenden Arbeit finden.

§. 1.

Wenn man dem Ausdruck *Compensare* zufällig begegnete, ohne über seine Bedeutung anderweitig etwas zu wissen, so würde man ihn nach der Bedeutung der beiden Worte, aus denen er besteht, *cum* und *pendere* mit *Zusammenabwägen* oder *Zusammenzahlen* übersetzen müssen.

So liegt die Vermuthung nahe, dass dieses denn auch die ursprüngliche Bedeutung des Wortes *Compensare* gewesen; und diese Vermuthung wird durch andere Umstände zur Gewissheit. Im altrömischen Rechte fand da ein *Zusammenwägen* oder *Zusammenzahlen* statt, wo wir später die sogenannte Compensation, d. h. die Aufrechnung in Gebrauch finden — wie sich uns das sofort zeigen wird.

Die Institute des altrömischen Rechts leiteten nämlich ihren Ursprung aus dem Eigenthum her, und verdankten dieser Quelle einen Charakter der Strenge und Abgeschlossenheit, welcher sie von denen aller anderen Völker unterscheidet. Am fremdartigsten erscheint uns dieser Charakter im Obligationenrecht, weil er eben diesem der Natur nach am meisten widerstrebt. Jede Obligation, wie jede andere rechtliche Befugniss hatte im altrömischen Recht eine schroffe in sich abgeschlossene Individualität.

Wenn daher das Verhältniss eintrat, das der Compensation zur Voraussetzung dient, nämlich das Vorhandensein zweier fälliger, gleichartiger Forderungen, in denen dieselben beiden Personen wechselseitig Gläubiger und Schuldner waren, so wirkte dieses Verhältniss auf die beiden Obligationen in keiner Weise ein. Jede blieb, unbekümmert um die andere, für sich bestehen.

Wie war nun aber ein solches Verhältniss zu lösen, namentlich wenn die beiden wechselseitigen fälligen Forderungen Geldforderungen waren? Beide Theile waren in jedem Augenblick zur Zahlung verpflichtet, und keiner hatte Veranlassung, eher als der andere zu zahlen. Also blieb *die gemeinsame wechselseitige Zahlung* als das einzige Mittel übrig, das Verhältniss zu lösen.

Schulden daher zwei Personen, die erste der zweiten 100, die zweite der ersten 200 As, so wurden die 100 und die 200 As zugleich wechselseitig gezahlt; und also 100 As von jedem der beiden Theile rein der Form wegen gegeben und zugleich zurückgenommen. Wie seltsam uns das nun auch scheinen mag, so können wir nicht zweifeln, dass es wirklich und lange so gewesen ist; und wie gesagt, ist dieser der einzig mögliche directe Weg, zur Lösung der beiden Obligationen nach altrömischem Recht.

Dass aber den Römern, wie uns, das unnütze wechselseitige Zahlen als eine lästige Förmlichkeit erschien; das können wir schon aus dem practischen Sinn dieses grossen Volkes schliessen.

Auch gelang es ihnen, trotz der religiösen Achtung, die sie vor den Dogmen ihres Civilrechts hegten, sich von dieser lästigen Form frei zu machen.

Eine Veränderung jener Zahlungsweise konnte natürlich nur in der Art vorgenommen werden, dass an die Stelle der unnützen wechselseitigen Zahlung und Rückzahlung derselben Summe die *Aufrechnung* trat. Diese Aufrechnung zweier gleicher wechselseitiger Forderungen und zweier ungleicher bis auf die Differenz ist ja das, was später bei den Römern und seither Compensation genannt wird.

Eine derartige Aufrechnung, wenn auch soviel wir wissen, nicht unter dem Namen Compensation, findet sich denn bereits in dem frühesten, römischen Verkehr, von dem wir einigermassen eingehende Kunde haben.

§. 2.

Um uns von dieser Aufrechnung eine Anschauung zu verschaffen, müssen wir uns vergegenwärtigen, dass in der republikanischen Zeit die Patresfamilias Hausbücher *tabulas accepti et expensi* zu führen pflegten, die Eintragungen in welche zur Begründung civiler Forderungen dienten. Sowie die Eintragung einer Forderung in ein solches Buch, so war auch die Löschung selbstverständlicher Weise ein gemeinsamer Act des Creditor's und Debitor's. Eine solche Löschung geschah vermittelst Durchkreuzung des betreffenden Postens durch eine Reihe Punkte (Expungere).

Nun finden wir mehrfach bei den älteren Schriftstellern, namentlich bei den Komikern einer Handlung Erwähnung gethan, die darin bestand, dass die rationes accepti et expensi mit einander verglichen und durch Rechnung auf den Ueberschuss der einen *ratio* reducirt wurden. Dieses Verfahren wird regelmässig *rationes putare* genannt.

Was war die Bedeutung dieses Ausdrucks? Gellius N. A. VI 5, 6 sagt:

Putare veteres dixerunt vacantia ex quaque re ac non necessaria aut etiam obstantia et aliena auferre et excidere, et quod esset utile et sine vitio videretur, relinquere. Sic namque arbores et vites, et sic etiam rationes putari dictum.

Es wird hier das Reinigen der Rechnungen mit dem Ausschneiden todter Zweige verglichen. Solches Reinigen bezog sich auch wohl Anfangs auf wirklich todte Posten, d. h. irrige und bereits bezahlte, und wurde erst später auf die Aufrechnung übereinstimmender Posten in den beiden rationes übertragen. Dass es auf solche Posten zur Zeit des Plautus übertragen war, darüber kann kein Zweifel sein.*)

Welches in der Wirklichkeit der Kreis dieser Art von Aufrechnung gewesen ist, darüber wissen wir nichts.

---

*) s. Plautus Mostell. I sc. 3. 140. Aulul. III 5, 54. Dernburg Compens. pp. 22—24.

Ihrer Natur nach beschränkte sie sich auf Literalobligationen, aber alle Obligationen konnten durch Eintragung in die Bücher zu Literalobligationen gemacht werden. Andererseits gebrach es den ältern Römern nicht an Mitteln zur wirksamen Fiction der Zahlung, und statt der Eintragung und Löschung mochten oft andere Mittel zur Erreichung desselben Zweckes passender sein.

Jedenfalls war weder das oben beschriebene Verfahren, noch was sonst in seiner Statt angewandt werden konnte, ein Compensationsverfahren im eigentlichen Sinne des Wortes.

Das hauptsächliche Interesse jenes Verfahrens besteht aber auch nicht in dem Verfahren selbst, sondern in den Anschauungen, die ihm zu Grunde lagen.

Eben dass die übereinstimmenden Posten als vacantia et non necessaria ausgemerzt wurden, ist für uns von der höchsten Bedeutung.

Denn diese Anschauung tritt der des alten Civilrechts schroff entgegen, nach welcher die beiderseitigen Obligationen einander nicht berühren; und daher wahrlich nicht im Stande sein können, einander wechselseitig, soweit sie einander decken, gleichsam abzutödten und wesenlos zu machen.

Der Kampf jenes civilrechtlichen Princips mit dieser Anschauung, die sich aus der Praxis von selbst ergiebt, ist der eigentliche Gegenstand der Geschichte der Compensation, einer Geschichte, deren Ereignisse, soweit wir sie kennen, nicht dem aussergerichtlichen Verkehr, sondern dem Rechtsstreit angehören. Im Rechtsstreit treten die beiden Principien neben einander auf; und das neue Princip siegt mehr und mehr über das alte. Anfangs freilich ist dieser Sieg gleichsam absichtlich verhüllt; aber er tritt mehr und mehr hervor, bis zuletzt im Civilrecht selbst, welches meist die gleichzeitige Zahlung forderte, etwas ganz Entgegengesetztes Platz greift.

Wie dem auch sei, jene ursprüngliche Compensation, durch gemeinsames Zahlen der wechselseitigen Forderungen, hat gewiss frühzeitig aufgehört. Seine äusser-

lich anschauliche Erscheinung hat das Compensare jedenfalls bereits frühe verloren. Denn schon zu des Cicero Zeit ist das Wort in übertragener Bedeutung ein sehr gewöhnliches geworden; und die übertragene Bedeutung schliesst sich ganz an die Wirkung, keineswegs an die ursprüngliche Erscheinung an — während ein ähnliches z. B. bei den Worten *mancipare, mancipium, nexus* erst in der nachaugusteischen Periode eintritt. Eigenthümlicher Weise hat die übertragene Bedeutung auf die spätere juristische zurückgewirkt, wie wir das weiterhin bei Erörterung der Quellen sehen werden, in denen sich die Compensation in der streitigen Gerichtsbarkeit darstellt.

§. 4.

Die Geschichte der Compensation in der streitigen Gerichtsbarkeit der classischen Periode können wir, wenn wir mit voller Sicherheit verfahren wollen, nur in zwei Epochen theilen: 1) die Gajanische und Vor-Gajanische, 2) die Nach-Gajanische. In letzterer Epoche lässt sich die Entwicklung chronologisch verfolgen, während die erstere als ein Ganzes vor uns tritt. Denn obgleich auch hier ohne Zweifel ein allmähliger Entwicklungsgang stattgefunden, für dessen Geschichte es selbst an einzelnen Andeutungen nicht fehlt, so besitzen wir doch keine eigentlich positiven Daten und sind daher genöthigt, die Erscheinungen, die sich uns zeigen, neben einander zu betrachten.

Das Gemeinsame aller dieser Erscheinungen der ersten Epoche ist Folgendes: Wir haben gesehen, dass schon von Alters her bei den Römern die Accepta und Expensa an den Haus- und Argentarier-Büchern, soweit sie einander gegenseitig aufwogen, gleichsam als *vacantia,* als wesenlose Dinge, galten. Andrerseits aber bot das positive Recht keinen Weg, diese Anschauung im Streit zu verwirklichen. Im Gegentheil; nach den Principien des Jus Civile hatte eine jede Obligation eine selbstständige, gleichsam körperliche Existenz. Das Recht

kannte nur die Forderung an sich, ohne Rücksicht auf die Personen, die darin Debitor und Creditor waren. Es war somit ganz unwesentlich, ob in verschiedenen Obligationen dieselben Menschen wechselseitig als Debitoren und Creditoren einander gegenüber standen.

So konnte nach strengem Recht nicht allein der Beklagte dem Kläger eine Gegenforderung nicht in Abzug bringen, sondern selbst wenn der Kläger wollte, war es auch ihm unmöglich eine derartige Compensation freiwillig vorzunehmen; er konnte, wenn er sich zu dem was ihm unzweifelhaft zustand, verhelfen wollte, selbst gegen seinen Willen gezwungen sein, Beträge mit einzuklagen, auf die er nach dem allgemeinen Billigkeitsgefühl kein Anrecht hatte.

Dieser Wiederspruch nun zwischen dem allgemeinen Billigkeitsgefühl, der *Aequitas*, einerseits, und Strictum jus andrerseits wurde in unserer ersten Periode in einer Weise ausgeglichen, die wir stets in ähnlichen Fällen angewendet finden. Das Recht blieb dem Princip nach bestehen; aber in der Ausübung kam die Billigkeit zur Geltung. Es ist derselbe Gegensatz zwischen Jus und Jurisdictio, auf dem der grösste Theil des sogenannten prätorischen Rechts beruht.

Es geschah diese Ausgleichung in der Weise, dass dem Kläger durch den Prätor die Mittel geboten wurden, freiwillig mit dem Beklagten sich über die Compensation zu einigen; und dass, wenn der Kläger sich dieser Mittel nicht freiwillig bediente, sie ihm auf Verlangen des Beklagten vom Prätor aufgezwungen wurden*).

Ein Verfahren ähnlich dem der Praetoriae stipulationes und anderer prätorischer Institute. Uebrigens wurde für dies Verfahren nicht nur eine einzige Form

*) Aller Wahrscheinlichkeit nach gab es eine Zeit, in der nur das erstere stattfand, nämlich dass der Prätor dem Kläger und Beklagten die *Mittel* bot, sich in jure über die Compensation zu einigen, ohne dem Kläger den *Zwang* aufzulegen, sich dieser Mittel zu bedienen.

geschaffen, sondern die für verschiedene Rechtsverhältnisse hergebrachten Formen wurden wo nöthig so umgestaltet, dass die Compensation darin Eingang fand; oder wo die Formen es zuliessen, fand die Compensation ohne vorherige Aenderung statt. Wie das im Einzelnen geschah, wollen wir uns jetzt vor Augen führen, indem wir uns möglichst den Quellen anschliessen.

§. 5.

Von den diesem Hefte beigedruckten Stellen (Siehe die Tafel am Ende) beziehen sich die ersten 11 theils direct, theils indirect auf die Compensation im Bonae fidei judicium. Der Stelle I werden wir nur beiläufig Erwähnung thun.

Die Stelle aus Gajus (No. II) ist im Original unvollständig erhalten. Wir wollen eine Ergänzung derselben nicht versuchen, weil das Resultat solcher Conjecturen, gleichviel wie befriedigend es scheine, doch niemals als Basis weiterer Schlüsse dienen kann.

Unzweifelhaft aber ist in der Stelle gesagt, dass es im Bonae fidei judicium dem Judex zusteht, Gegenforderungen zur Compensation bringen zu lassen; und dass die Autorisation hierzu ihm nicht ausdrücklich vom Prätor ertheilt zu werden braucht, sondern schon in dem allgemeinen Auftrag, *ex bono et aequo* zu entscheiden, enthalten ist.

Durch diese Mittheilung des Gajus werden wir unwillkürlich an die Rechts-Parömie erinnert: *doli exceptio bonae fidei judiciis inest;* und in der That liegt hier eine Anwendung desselben Princips vor. Denn höchstens einige Jahre nachdem jene Stelle zuerst geschrieben worden, rescribirte Marc Aurel, dass selbst in den Stricti juris Judicien das Nichtanrechnen der Gegenforderung des Beklagten als ein Dolus des Klägers angesehen, und daher durch die Exceptio Doli unschädlich gemacht werden sollte; und wie sehr das dem eigentlichen Wesen der Doli exceptio entsprach, geht

aus folgenden Worten des Paulus hervor: (Dig. LXIV, 4, l. 1, § 1). *Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit.*

Wenn wir uns recht klar in die Begriffe und Gefühle hineindenken, die in jener Parömie und in den Worten des Gajus ausgesprochen sind, so werden wir uns sicher nicht zu der Meinung verleiten lassen, es sei des Judex eigentliches Geschäft in Betreff der Compensation gewesen, diese gegen den Willen des Klägers zu erzwingen. Damit dem so wäre, hätten die Römer annehmen müssen, dass eine dolose Absicht bei den Klägern die Regel, eine redliche die Ausnahme sei; und nichts kann mit der römischen Anschauung mehr im Widerspruch stehen. Es wird vielmehr die redliche Absicht als so selbstverständlich vorausgesetzt, dass die dolose, die sich ausnahmsweise einmal finden könnte, keine Berücksichtigung verdient. Dieselbe Gesinnung welche im gemeinen Leben redliche Leute hegen, wird auch im Streite als vorhanden angenommen.

Im gemeinen Leben gleichen redliche Leute ihre Forderungen, soweit sie einander decken, gütlich aus. Erhebt sich nun über eine der Forderungen ein Streit, so muss dieser zu seiner Lösung dem Richter vorgelegt werden.. Der Ausspruch des Richters aber muss, wenn er die bestrittene Forderung zur Geltung bringen soll, in Form einer Condemnation gefasst sein. Wäre in dieser Condemnation die ganze in der streitigen Obligation geschuldete Summe enthalten, trotz des Vorhandenseins einer Gegenforderung des Beklagten an den Kläger, so würde letzterer mehr bekommen als ihm billiger Weise zusteht; mehr als er selbst vermuthlich zu erlangen wünscht. Es muss daher der Richter, wenn er dem allgemeinen Billigkeitsgefühl Rechnung tragen will, im Stande sein, die Gegenforderung von der Forderung in bindender Weise in Abzug zu bringen; und

indem er dies thut, erfüllt er im normalen Falle den Wunsch sowohl des Klägers, als des Beklagten.

§. 6.

Gajus sagt: (No. II.) *habita ratione ejus quod invicem actorem* **ex eadem causa** *praestare oporteret* . . . . Es beschränkt sich nämlich, wie der Auftrag, so die Machtvollkommenheit des Judex im Bonae fidei judicium darauf, Abrechnung und Abschluss betreffs der ihm vorgelegten Sache herbeizuführen. Etwas Fremdes in dieses Judicium hinein zu mischen, ist er nicht befugt. Die Forderungen die er zur Compensation bringen lassen kann, sind daher nur Gegenforderungen aus demselben Geschäfte; d. h. aus der Venditio bei der Actio ex Emto; aus der Conductio bei Klage aus Locatio und umgekehrt; wegen Auslagen des Tutor's, gegen die Klage ex tutela u. s. w. bei sämmtlichen Bonae fidei actiones.

Bekanntlich bestanden für alle diese Gegenforderungen auch eigene Actionen; und es ist in hohem Grade wahrscheinlich, dass noch zur Zeit des Cicero die Compensation in den Bonae fidei judiciis nicht stattfand, sondern durch die Actio contraria einigermassen ersetzt wurde. Diese *contraria actio* stand schon damals und wohl auch in der späteren Zeit (siehe Stelle IX) mit der Actio directa in einer gewissen processualischen Verbindung, die bisher noch nicht genau festgestellt ist, und deren Erforschung unserem Gegenstande nicht angehört. Jedenfalls kamen in des Cicero Zeit beide Klagen vor denselben Judex zur Entscheidung, und die Vollmacht für beide wurde ihm in ein und derselben Formel ertheilt.*)

Zur Zeit der Antonine und Severe war nun der Judex befugt, auf Wunsch beider Parteien, oder auch nur des Beklagten, die Gegenforderung von der Forde-

---

*) Dies scheint die natürlichste Erklärung der Stelle I.

rung abzuziehen, und so die Actio contraria durch die Compensation zu ersetzen (Stellen III—V, VII—IX.). In der That kam jetzt (nach des Gajus Aeusserung in Stelle III) die Actio contraria kaum noch anderswo zur Anwendung, als wo die Compensation nicht zum selben Ziele führen konnte.

Von denjenigen Fällen, in denen die Compensation ausgeschlossen war, wird nur Einer von den classischen Juristen eingehend behandelt; der nämlich, wo die Compensation vom Beklagten gefordert, aber vom Judex zurückgewiesen wurde. In zwei unserer Stellen sind drei derartige Eventualitäten ausgeführt, aus deren dritter noch eine vierte folgt.

> *Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio* (III).
>
> *Si reprobavit pensationem quasi non existente debito, rei judicati nocebit exceptio* (III).

1) Wenn der Judex die Forderung ihrem Grunde nach nicht geprüft, sondern sie zurückgewiesen hat, weil sie nach seinem Ermessen sich zur Compensation nicht eignet, so bleibt dem Beklagten aus derselben die Actio contraria.

2) Hat hingegen der Judex die Forderung geprüft, und sie ihrem Grunde nach verworfen, so steht ihr die exceptio rei judicatae entgegen.

3) Zur Erläuterung der dritten Eventualität, die in unserer IX. Stelle ausgeführt ist, wollen wir ein Fragment herbeiziehen, welches wie die IX. Stelle selbst, dem 36. Buche von Ulpian's Edictscommentar angehört.

(Dig. XXVII 2, l. 2.) *Officio judicis, qui tutelae cognoscit, congruit, reputationes tutoris non improbas admittere; utputa si dicat, impendisse in alimenta pupilli, vel disciplinas.*

§ 1. *Modus autem, si quidem Praetor arbitratus est, is servari debet, quem Praetor statuit: si vero Praetor non est aditus, pro modo facultatum pupilli debet arbitrio ju-*

dicis aestimari; nec enim permittendum est tutori, tantum reputare, quantum dedit, si plus aequo dedit.

In unserer IX. Stelle sagt Ulpian: . . . *sed si reprobata est haec reputatio et* (Tutor) *adquievit, non debet judex contrario judicio id sarcire.*

Hat der Judex irgend welche Rechnungsposten verworfen, als sie ihm zur Compensation präsentirt wurden, und hat sich der Tutor damals bei der Entscheidung beruhigt, so dürfen diese Posten auch in der Actio contraria nicht gutgebracht werden.

4) Hieraus scheint zu folgen, dass wenn der Tutor sich bei der Verwerfung dieser Posten in der Actio directa *nicht* beruhigt, sondern sich ausdrücklich dagegen verwahrt, er die Posten in der Actio contraria einklagen kann.

§. 7.

Um den Inhalt der über die Compensation im Bonae fidei judicium handelnden Stelle zu erschöpfen, haben wir zu Obigem nur noch einige Einzelheiten hinzuzufügen, von denen die meisten aus allgemeinen Principien folgen und nur zu erwähnen sind, weil eben unsere Stellen ihrer Erwähnung thun.

1) Wenn der Vater oder Herr eines Haussohnes oder Sklaven gegen dessen Socius klagt, so darf diesem Kläger gegenüber die ganze aus der Societät fliessende Gegenforderung compensirt werden (selbst wenn diese die Höhe des Peculium's überschreitet). Die Klage des andern Socius gegen den Sklaven oder Haussohn ist jedoch *dumtaxat de peculio* anzustellen — wie sich das nach allgemeinen Principien von selbst versteht. (Stelle V.)

2) Wenn der Fiscus die Mandats-Klage oder die Klage ex vendito anstellt, so darf ihm gegenüber — nach singulären Bestimmungen — nicht compensirt werden, sondern man muss die Gegenforderung mit der actio contraria einklagen (VI. X. XI.).

3) Wenn der Beklagte *ex tutela* oder *ex negotiis*

gestis seine Gegenforderung nicht sofort normiren kann, um sie zur Compensation zu bringen, so kann er statt dessen eine Caution für dieselbe verlangen, deren Höhe der Judex nach eigenem Ermessen bestimmt (VII.).

4) Wenn die Tutel unter mehrere Tutoren getheilt ist, so kann trotzdem ein jeder derselben seine Gegenforderung bis zur ganzen Höhe der in der Actio tutelae eingeklagten Summe zur Compensation bringen (VIII.).

5) In dem bereits oben behandelten Falle (Stelle IX.) hat der Tutor die Wahl, ob er seine Auslagen zur Compensation bringen oder mit der actio contraria einklagen will.

§. 8.

Nachdem wir uns bisher mit der Compensation im Bonae fidei judicium beschäftigt, wollen wir nun zur Erklärung der Paragraphen übergehen, in denen Gajus von der Compensation der Argentarier handelt. (Stelle XII.)

Gajus sagt, der Argentarius sei gezwungen worden cum compensatione zu klagen und giebt uns fast den Wortlaut der Intentio in der Formel, deren der Argentar sich bedienen musste. Die Intentio lautete etwa so:

Si paret Num A⁰ (Argentario) HS X Milia amplius quam Am N⁰ dare oportere.

Der Argentar wird also angewiesen, zugleich mit seiner eignen Forderung, seine Schuld an den Beklagten anzugeben. Doch nicht jede derartige Schuld, sondern nur diejenige, die ausser andern Qualificationen die eines wahren Debitum ex Jure Civili hat. Wenn wir uns nun fragen, was den Prätor veranlasste, den Argentar und nur ihn zur Klage in dieser Form zu zwingen, so liegt der Grund augenscheinlich in der Ausnahmestellung des Argentarius und in seiner sich sonst nicht wieder findenden Beziehung zu den Personen, mit denen er im Geschäftsverkehr war.

Eine Anschauung von diesen Beziehungen gewährt

uns der heutige Geldverkehr Englands, der nicht allein, durch die Vermittlung der Lombarden und anderer Italiener indirect aus dem altitalischen zu stammen scheint, sondern auch, soweit sich ersehen lässt, in allem Wesentlichen mit dem altrömischen übereinstimmt. Wie heutzutage in England, so scheint auch im alten Rom fast alles baares Geld in den Händen der Banquiers (Argentarii, Mensarii) gewesen zu sein. In England wenigstens hat nicht allein jeder wohlhabende Privatmann, sondern vor allem ein jeder Kaufmann ohne Ausnahme einen Banker, dem er alle grösseren Summen sofort nach Empfang übermacht. Auf diesen Banker giebt er bei Zahlungen, die über einige Pfunde hinausgehen, fast immer Anweisungen ab, die der Empfänger wiederum an seinen Banker sendet, so dass von den ungeheuren Summen, welche in dieser Weise umgesetzt werden, nur derjenige verhältnissmässig geringe Theil zur wirklichen Auszahlung kommt, der sich aus den Bilanzen in der Abrechnung der Bankers unter einander ergiebt. Auch diese Summen gelangen nicht in die Hände des verkehrenden Publikums, für welches vielmehr fast der ganze grössere sogenannte Baarverkehr in einem Umschreiben in den Büchern der Bankers besteht.

Diese sämmtlichen Erscheinungen finden sich auch im alten Rom (mit Ausnahme vielleicht der Abrechnung der Bankers unter einander). Grosse Zahlungen anders als durch Anweisung auf den Argentarius bilden die Ausnahme. Den Anweisungen (Cheques) entsprechen die *Perscriptiones*, dem Umschreiben die *Transscriptiones*. Nur tritt um letzteren ihren vollen Charakter zu geben ein neues Moment hinzu, durch das sich der Argentar vom heutigen Banker unterscheidet, und das für unsere Frage wesentlich ist.

Während die Bücher des Banker's Privatnotizen ohne öffentliche Beglaubigung enthalten, wohnte den Eintragungen der Argentarier dieselbe bindende Kraft bei, als den Expensilationen in den alten Hausbüchern. Die

Eintragungen genügten zur formellen Begründung civiler Obligationen, und zwar wurde sowohl der Argentar selbst in dieser Weise obligirt, als sein Schuldner.

Auf diese Eigenschaft der Argentarien-Bücher gründeten sich bekanntlich der processualische Gebrauch, Copieen aus denselben Behufs gerichtlichen Beweises zu nehmen, und der stehende prätorische Edicts-Befehls an die Argentarier, die Erlaubniss zu dergleichen Copieen, selbst für den Process gegen den Argentarius selbst, jederzeit zu gestatten. Gajus sagt (L. 1 ad Ed. prov. Dig. II. 14, l. 10.): *Argentarius rationes edere jubetur, nec interest, cum ipso argentario controversia sit, an cum alio.* § 1. *Ideo autem argentarios tantum neque alios ullos absimiles iis edere rationes coget, quia officium eorum atque ministerium publicam habet causam, et haec principalis eorum opera est, ut actus sive rationes diligenter conficiant.*

Demgemäss unterscheidet sich der klagende Argentar in folgenden Punkten von jedem andern Kläger:

Im normalen Falle eröffnete wohl der Argentar so wenig als der englische Banker ein Conto, ohne dass erst eine Einzahlung geleistet wurde, und setzte gewiss auch die Geschäftsverbindung nicht lange fort, wenn man nicht regelmässig Geld in seinen Händen liess. Daher:

A) Es war neben der Forderung des Argentar's regelmässig eine Gegenforderung des Beklagten vorhanden.

Und da die Eintragung in das Buch des Argentarius eine civile Forderung begründete, so:

B) War die Gegenforderung wie die Forderung liquid und jure civili gültig.

Ferner: C) Der Argentar kannte die Gegenforderung, und musste sie kennen.

D) Es war ihm nicht erlaubt, diese Forderung zu bestreiten, sondern er musste, selbst wenn gegen ihn geklagt wurde, zur Anfertigung des Beweises auf Verlangen die Mittel hergeben.

Wenn wir alle diese Punkte in Betracht ziehen, so sehen wir, dass die Compensation des Argentarius eben nichts anderes war, als dieselbe Vereinfachung des Processes, die wir im Bonae fidei judicium kennen gelernt haben; nur hier in der Weise, welche dem hier vorliegenden Rechtsverhältniss angepasst war. Statt es zu der bestimmt zu erwartenden Gegenklage kommen zu lassen, zu welcher der Beweis bereits vorhanden, zog der Prätor es vor, in der im Verkehr, und namentlich im Geschäft mit dem Argentar üblichen Weise, die Gegenforderung von der Forderung des Argentars in Abzug bringen zu lassen, und so den Parteien wie sich selbst die Gegenklage zu ersparen.

Es ist also die Compensation des Argentarius nichts weniger als eine gewaltsame und tief eingreifende Neuerung. Auch was wir sonst über diese Compensation erfahren, hat Nichts Befremdendes. Dass der Argentar den Process verlor, wenn seine Forderung im Allergeringsten eine Plurispetitio enthielt, dies gehört nicht speciell der Argentarierklage oder der Compensation, sondern der Condictio certi und certae rei an. Ebenso auch die von den strengeren Rechtslehrern verlangte stricte Gleichartigkeit der Forderung und Gegenforderung, während die weniger strenge Ansicht, die vom Gajus vertreten wird, auf Nützlichkeitsgründen beruht, die ja auch sonst in dieser Zeit eine die alten Formen auflösende Wirkung äusserten.

§. 9.

Dem Argentar stellt Gajus den *Bonorum emtor* gegenüber und vergleicht die Compensation, zu welcher der erstere mit der Deductio, zu welcher der letztere verpflichtet ist. Gajus zählt einige äussere Verschiedenheiten zwischen der Deductio und Compensatio auf, indem er das Wesen beider im Allgemeinen als bekannt voraussetzt, wie er das ja auch durfte, da er nicht beabsichtigte, seinen Lesern die Anschauung des wirklichen

Rechtslebens zu ersetzen, sondern nur ihnen verständlich zu machen, was täglich vor ihren Augen geschah.

Soll man nun aber glauben, dass Deductio und Compensatio soweit identisch gewesen seien, als Gajus ihre Verschiedenheiten nicht angiebt? Sollen die beiden Namen dieselbe Sache bezeichnen und nur wechseln, je nachdem das eine oder das andere Rechtsverhältniss in Frage kommt? Dies ist auf den ersten Blick hin unwahrscheinlich, zumal die Römer mit juristischen Kunstausdrücken sehr sparsam gewesen sind, und man nicht ersehen kann, warum neben dem altbekannten schon früh in die Sprache des gemeinen Lebens übergegangenen Worte sich für den einzelnen Fall ein besonderes bilden sollte.

Es ist vielmehr im höchsten Grade wahrscheinlich, dass die verschiedenen Namen einer wirklichen Verschiedenheit entsprachen, und diese kann kaum in etwas anderem bestanden haben, als dass in der *Compensation* eben compensirt wurde; d. h. die Gegenforderung des Beklagten durch eine quasi solutio zu Grunde ging, während in der *Deductio* nur ein Abzug geschah, der die Forderung des Beklagten auch ferner fortbestehen liess*). Ein solches Fortbestehen wäre aber unmöglich gewesen, wenn der Beklagte hätte seine ganze Gegenforderung anrechnen dürfen, und dass er dies nicht durfte, sondern wie alle Creditoren des Fraudators nur Procente erhielt, ist auch aus einer Reihe anderer Gründe mit Sicherheit anzunehmen.

Denn ehe der Concurs eingetreten war, bestand ja nach römischen Begriffen keine Beziehung zwischen den beiden Obligationen, der, in welcher der spätere Cridar berechtigt und der, in welcher er verpflichtet war. Derjenige, der ihm in der doppelten Eigenschaft als Schuldner und Gläubiger gegenüber trat, stand als Schuldner

*) In andern Fällen wird derselbe Unterschied in Bezug auf den Kläger zu machen sein; z. B. Paulus R. S. II, 5. § 3. Deducere ist immer nur ein factisches Abziehen.

den übrigen Schuldnern, als Gläubiger den übrigen Gläubigern gleich. Nur wenn man, was gewiss nicht der Fall war, schon zu des Gajus Zeit die Compensation entgegenstehender Forderungen als ipso jure geschehen, angenommen hätte, wäre dies anders gewesen.

Es liegt nun im Wesen des römischen Concurses Nichts, wodurch dieses Verhältniss abgeändert und der gleichzeitige Gläubiger und Schuldner vor andern Gläubigern bevorzugt werden konnte. Es würde im Gegentheil diese Bevorzugung die ganze Einheit des Verfahrens zerstört haben und nur sehr starke Beweise könnten uns veranlassen, dieselbe zu glauben.

Wie sehr auch moderne Tendenzen, namentlich die allgemeinere Einführung der Compensation ipso jure, uns heutzutage einer derartigen Annahme geneigt machen, so ist es doch selbst uns kaum möglich, an das exorbitante Privilegium zu denken, das dann aus der Geltendmachung dessen *quod in diem debetur* folgen würde. Wenn nämlich die Forderung des späteren Cridars einige Tage *vor* der Erklärung der Insolvenz fällig war und gezahlt wurde, so erhielt der Andere aus der Gegenforderung nur die aus dem Concurs sich ergebende Procente. Zahlte er anfangs nicht, oder wurde die Forderung einige Tage *nach* der Erklärung der Insolvenz zahlbar, so erhielt er das Ganze seiner Gegenforderung, und zwar selbstverständlicher Weise auf Kosten der übrigen Gläubiger!!! Das ist doch wohl nicht Römisches Recht der classischen Zeit gewesen.

Wenn dagegen die Deductio eben nur ein Abzug war, nicht eine Compensation, so fügt sich Alles von selbst in die uns bekannten Formen des römischen Civilprocesses. Die Schuld an die Masse wurde wie alle anderen Schulden, die Forderung wie alle anderen Forderungen behandelt. Wenn aber der Bonorum emtor die Forderung einklagte, so sollten, um die Weitläufigkeit einer zweiten Klage zu vermeiden, die Procente, die der Gegner erhielt, sofort in Abzug gebracht werden und da der Bonorum emtor mit dieser Gegenforderung bereits

bekannt war, so wurde ihm aufgegeben, sie bei der Klageanstellung in Abzug bringen zu lassen. Dass dies mit dem Wortlaut der betreffenden Paragraphen des Gajus ungleich besser übereinstimmt, als die entgegengesetzte Annahme, wird man leicht ersehen.

Was Gajus über die Stelle bemerkt, die der Deductio in den Klageformeln angewiesen wurde, enthält keine Singularität; sondern in der Actio Serviana und in der Actio Rutiliana ist keine andere Form der Deduction möglich.

§. 10.

Von allen unsern Stellen ist keine klarer und einfacher als die XIII., in welcher von der Compensation im Judicium familiae herciscundae die Rede ist. Dieses Judicium stammte, wie wir wissen, aus dem ältesten Recht und fand im XII Tafelgesetz seine Beglaubigung. Hieraus schrieb sich für den Arbiter die sehr merkwürdige Befugniss, durch seinen Ausspruch diejenigen civilen Rechte zu begründen, die aus der Erbtheilung hervorgingen; hauptsächlich Eigenthum an den Stücken, in welche die Güter zerfielen oder getheilt wurden, aber auch andere Rechte, namentlich Servituten und wie wir hier sehen, und sonst bezeugt wird, Obligationen der bei der Theilung Interessirten gegen einander.

Die Compensation der in dieser Weise entstandenen Forderungen gehörte, wie wir gesehen haben, nach Civilrecht überhaupt nicht zur Befugniss des Richters. Sie in judicio zu vollziehen, wurde gewiss lange für unmöglich gehalten, und die regelmässige Form der Ausgleichung war ohne Zweifel anfangs die gleichzeitige Zahlung, dann die neuere aussergerichtliche Compensation.

Später mag die gerichtliche Compensation dieser wie aller andern civilen Obligationen in der Weise gestattet worden sein, von der wir des weitern handeln werden. Die Befugniss, die zu Julian's Zeit dem Arbiter ertheilt wird, vereinfacht zwar das Geschäft ausserordent-

lich, und entspricht auch in ihrem Charakter bald wirklicher, bald nur fingirter Freiwilligkeit einer der beiden Parteien den Functionen des Arbiter in Begründung von Servituten. Dennoch ist diese Befugniss eine so ausserordentliche, dass Julian sie nicht ohne Bedenken, einer ältern Autorität folgend, dem Arbiter gewährt.

§. 11.

Sehr viel mehr Schwierigkeit als die Interpretation der XIII. bietet die Erklärung der XIV. Stelle, wenigstens wenn man die Worte: *id est Praetoriis* beibehält. Folgt man nämlich dieser üblichen Lesart, so bezieht sich die Stelle auf die *Stipulationes cautionales,* von denen Ulpian in Dig. XLVI, 5. § 2 handelt:

Cautionales sunt autem quae instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt, ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti . . .

Wieviel Mühe man sich nun auch geben mag und schon gegeben hat, um die Erklärung der Stelle in diesem Zusammenhang zu einer wahrscheinlichen zu machen, so bleibt dieselbe doch immer in hohem Grade befremdlich.

Lässt man hingegen mit Haloander die Worte *id est Praetoriis* fort, und betrachtet dieselben als eine unrichtige Glosse von leicht erklärbarer Entstehung, die ihren Weg in den Text hinein gefunden, so lässt das Fragment sich einfach genug erklären; die Worte *quae instar actionis habent* erinnern uns dann unwillkürlich an folgende Stelle:

Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur. (Dig. IV, 8. l. 1. pr.)

Es ist in der That nichts natürlicher, als dass die Compensation sowohl in die Stipulation Eingang fand, auf der ein solches Arbitrium beruhte, als auch gegen die Klage aus dieser Stipulation vorgebracht werden durfte, zumal es ausdrücklich bezeugt ist, dass man einen

Arbiter für einen ganzen Complex von gegenseitigen Forderungen bestellen durfte:

Dig. h. t. l. 43. *De rebus controversiisque omnibus compromissum in arbitrum . . . factum est.*

Dig. h. t. l. 46. *De his rebus et rationibus et controversiis judicare arbiter potest quae ab initio fuissent inter eos qui compromiserunt.*

Aus einer so ausgedehnten Machtvollkommenheit folgt die Befugniss zur Compensation von selbst. Ist dieselbe aber in der Stipulation dem Arbiter nicht ertheilt, so kann sie in der actio ex stipulatu, in der die Conventionalstrafe eingeklagt wird, wie in jeder andern stricti juris actio nach allgemeinen Principien stattfinden, wie wir das im Folgenden sehen werden.

§. 12.

Unsere Stellen No. XV bis XXVII beziehen sich theils direct theils indirect auf die Compensation im *Stricti juris judicium* bis zur Zeit des Marc Aurel. Obgleich Justinian, der auf diesem Gebiet eine durchgreifende Aenderung vorzunehmen beabsichtigte, uns von dem reichen Schatz, den die älteren Quellen ohne Zweifel enthielten, nur unzusammenhängende Bruchstücke bewahrt hat, so können wir doch auch hier uns im Grossen und Ganzen wohl zurechtfinden. Einzelnes freilich ist weniger ausführlich, als wir es wünschen; und Vieles, dessen directer Beweis vorzuziehen wäre, muss indirect bewiesen werden, und aus diesem Zustand der Quellen erwächst für uns der Nachtheil, dass wir sie nicht in der Ordnung, in der sie sich bieten, zur Erklärung heranziehen können, sondern gleichsam hin und her, rückwärts und vorwärts gehen müssen. Einen festen Kern für diese Untersuchung liefert uns vor allem Justinian's Notiz in den Institutionen, nebst Theophilus' Bemerkung zu derselben. Justinian sagt:

„ . . . Aber in den stricti juris Judiciis pflegte die Compensation Eingang zu finden, indem, nach einem

Rescript Marc Aurel's, dem Kläger vom Beklagten die Exceptio doli entgegengesetzt wurde."

Was zuerst diese Uebertragung der Notiz betrifft, so ist daran alles dem gemeinen Sprachgebrauch gemäss, mit Ausnahme des Verbums *inducere*, das hier in einer etwas ungewöhnlichen Bedeutung vorkommt; die sich jedoch auch bei den classischen Juristen findet; wie z. B. Dig. XXXVIII, 17; l. 5. § 2. l. 10, § 1 und namentlich in unserer VIII Stelle*).

Jede andere Uebersetzung — und es sind deren einige versucht worden — verstösst mehr oder weniger gegen die grammatische Möglichkeit, und mit keiner andern lassen sich, wie mit dieser, die übrigen Quellen in vollkommenen ungezwungenen Einklang bringen. So zuerst die Paraphrase des Theophilus:

„Aber von Marc Aurel ist ein Rescript erlassen worden, in welchem gesagt ist: dass wenn in einer Stricti juris actio zehn Aurei von mir gefordert werden, und mir vom Kläger fünf geschuldet werden, es mir freistehen solle, dem Kläger die Exceptio doli entgegen zu setzen. Durch diese Exceptio wird dem Richter die Vollmacht ertheilt, die Compensation zuzulassen und mich nur zu fünf Aurei zu verurtheilen."

Wenn wir diese Stelle der Paraphrase mit anderen Stellen vergleichen, so verlieren wir bald den Verdacht, den sie uns auf den ersten Blick hin einflösst, dass nämlich schon Theophilus die Worte: „*ex rescripto D. Marci inducebatur*" wie so viele Neuere, und trotz der grammatischen Unmöglichkeit in der Weise missverstanden habe, als hiessen sie: „*Per rescriptum D. Marci introducta est.*" Was uns Theophilus liefert, ist aber keine Uebersetzung, sondern eine unabhängige Umschreibung,

---

*) Ganz ähnlich auch: *Traditio et patientia servitutum inducet officium Praetoris.* (Dig. VIII 3. l. 1. § 2.) Das Wort *inducere* bedeutet hier immer ein stetiges *zur Geltung Bringen* in jedem vorkommenden Falle, nicht die einmalige *Einführung* durch Verordnung oder Gesetz.

die für uns von der höchsten Wichtigkeit ist. Denn Theophilus hat ohne allen Zweifel Marc Aurel's Rescript gelesen, dessen **Wortlaut** er zu folgen angiebt*).

Wir erfahren also einerseits von Justinian, dass eine Zeitlang der Gebrauch bestand, nach einem Rescript des Marc Aurel vermittelst der Exceptio doli zu compensiren; andrerseits sagt uns Theophilus, was in dem Rescript des Kaisers enthalten war.

Dass dieses Rescript nicht der Anfang der Geschichte der Compensation im Stricti juris judicium gewesen, sondern nur ein einzelner Act in der Geschichte, leuchtet auf den ersten Blick ein. Denn eine processualische Veränderung von der grossen Bedeutung, die ein solcher Anfang haben würde, konnte durch ein Rescript nicht geschehen. — „Es ist ihre (der Rescripte) Bestimmung, lediglich auf Einen Rechtsfall einzuwirken." (Savigny System I, 132.)

Ueberdies schliesst auch schon die Natur der Doli exceptio eine solche Möglichkeit aus. Obgleich nicht geradezu infamirend, galt sie doch selbst zu Ulpian's Zeit noch als so ehrenrührig, dass sie gegen den Patron und Parens nicht beigebracht werden durfte (Dig. XLIV 4, l. 2. § 16.). Wie hätte man also gegen einen Kläger eine Exception vorbringen können, die ihn einer unehrenhaften Handlungweise beschuldigte, wenn er nicht die Gelegenheit hatte, sich dem Vorwurf zu entziehen; d. h. wenn er nicht aus freien Stücken mit Compensation klagen durfte.

Wenn wir daher schon aus diesen Gründen mit Bestimmtheit annehmen können, dass auch vor dem Rescript wenigstens die freiwillige Compensation im Stricti juris judicium möglich war, so liefert uns hierfür die Argentarierklage einen neuen Beweis. Denn es ist kein Grund

*) Diesem Wortlaut gehört aber gewiss nur die erste Hälfte der Stelle an — bis zum Worte παραγραφὴν — die zweite Hälfte ist minder authentisch, und bedarf daher der Prüfung; zu der wir später Veranlassung finden werden.

zu ersehen, warum die Formel, mit welcher der Argentarier klagte, einem andern Kläger verweigert werden sollte, wenn er sie freiwillig forderte.

Es bliebe dann freilich noch die Möglichkeit, dass jenes Rescript wenigstens den Anfang der Compensation *per exceptionem* bildete. Aber auch das ist undenkbar, schon weil selbst diese processualische Umwälzung nicht die Folge eines Rescripts sein konnte. Ausserdem spricht dagegen eine Reihe positiver Zeugnisse, wie wir des weiteren sehen werden.

§. 13.

Es lassen sich für die Compensation durch Exceptio zwei Fälle denken, von denen der eine nur selten, der andere gewöhnlich vorkommt. Im ersten Falle hat der Beklagte ebensoviel zu fordern als der Kläger, im zweiten weniger.

Im ersten dieser beiden Fälle muss unter allen Umständen die Folge der durchgeführten Exceptio die Abweisung des Klägers sein. Auf diesen Fall bezieht sich ein Ausspruch Julian's (Stelle XVII). Uebersetzen wir denselben so: „Wenn der Beklagte bereit ist, gegen die Forderung des Klägers eine gleiche Summe in Abrechnung zu bringen, so kann er (im Falle der Weigerung des Klägers) dessen Forderung durch eine Exceptio entkräften."

Diese Uebersetzung entspricht vollkommen sowohl dem Wortsinn als der Sachlage. Auch zu dem uns bereits bekannten Rescript Marc Aurel's stehen die Rechtsverhältnisse, welche sich aus der Notiz Julian's ergeben in naturgemässer Beziehung.

Denn es ist, wie wir gesehen haben, undenkbar, dass jenes Rescript zur Compensation durch Exceptio den ersten Grund gelegt habe; es müssen vielmehr dem Rescript ähnliche Verhältnisse vorausgegangen sein, in welchen durch die Eine wichtige Entscheidung ein denk-

würdiger Umschwung hervorgebracht wurde*). Welches dieser Umschwung gewesen, was demselben vorangegangen, ist zwar nicht authentisch beglaubigt, lässt sich aber im Grossen und Ganzen aus zahlreichen Andeutungen und Analogieen mit einer Wahrscheinlichkeit schliessen, die nahe an absolute Sicherheit gränzt.

Während in älterer Zeit die Exceptio doli fast nur da zur Anwendung kam, wo durch dieselbe ein arglistiger Missbrauch des formalen Rechts unschädlich gemacht werden sollte, bildete sich für diese Exceptio etwa um die Zeit Marc Aurel's ein Begriff, der am deutlichsten durch folgende Worte Papinian's charakterisirt wird: *qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.* Es beruhte diese veränderte Anschauung der doli exceptio vorzüglich auf der allmälig vor sich gehenden Veränderung der öffentlichen Meinung in Bezug auf das Verhältniss des Jus Civile zum praktischen im Gerichtsgebrauch zur Geltung kommenden Recht. Das merkwürdige Fortbestehen des Jus, dem Princip nach, bei veränderter Praxis entsprach ohne allen Zweifel der allgemeinen Anschauung in jener älteren Zeit, als noch jeder edle Römer ein Rechtskundiger zu sein pflegte. Aber die griechischen „freien Künste" verdrängten dieses heimische Bildungselement mehr und mehr, und die Anschauungen, welche durch das griechische Geistesleben genährt wurden, trugen zur ferneren Entfremdung der Praxis von der Theorie des Rechts sehr wesentlich bei. So geschah es, dass endlich das Jus Civile zu der gemeinen Meinung der „Gebildeten" kaum mehr in Beziehung stand, und fast wie eine Fiction der Rechtsgelehrten erschien — eine Ansicht, von der sich bereits

---

*) Die von ihnen (den Rescripten) angewendete Regel ist oft schon in dem bisherigen Recht vollständig enthalten, so dass der Kaiser in derselben Weise wie ein respondirender Jurist thätig ist, oft aber wird in dem Rescript das bisherige Recht durch freie Interpretation fortgebildet. (Savigny, System I, p. 134. — Siehe dort überhaupt über die Rescripte pp. 132—140.)

bei Cicero Anklänge finden, und die zur Zeit Marc Aurel's schon in voller Blüthe war*). Dem Andrängen einer derartigen öffentlichen Meinung verdanken alle Modificationen des Rechts ihren Ursprung, die durch Papinian und seine unmittelbaren Vorgänger und Nachfolger eingeführt und befördert wurden, und vor allem die allgemeine Anwendung der Exceptio doli statt zahlloser Exceptiones in factum conceptae.

Denn von diesen Ausnahmen hätte man ursprünglich sagen können, dass sie die Regel nur noch bekräftigten. Für so heilig galt einst das Recht, dass man es trotz des dringenden Bedürfnisses nicht umgestaltete, sondern nur für den einzelnen Fall eine Ausnahme gestattete, die auf des Prätor's mächtiger Autorität beruhte. Umgekehrt war es mit der Exceptio doli in der späteren classischen Periode. Wo hier das Strictum jus gegen die öffentliche Meinung anstiess, schien es fast ein Frevel, sich auf dasselbe zu berufen, und gegen solches Beharren auf dem strengen Rechte galt die Exceptio doli als das geeignete Mittel.

So ist es denn im höchsten Grade wahrscheinlich, dass jene Einrede, auf die sich Julian's Aeusserung bezieht, und welche der von Marc Aurel eingeführten Exceptio doli, als Trägerin der Compensation voranging, eine Exceptio in factum concepta war; wie die meisten Einreden, welche in jener Zeit durch die Exceptio doli verdrängt wurden. Die Fassung der Exceptio in factum concepta, wenn sie überhaupt eine constante Fassung hatte, und sich nicht nach dem einzelnen Falle richtete, ist uns verloren gegangen.

Noch frägt es sich aber, ob durch derartige Exceptionen nur dann die Compensation geltend gemacht werden konnte, wenn (wie bei Julian) der Kläger durch Aufnahme der Gegenforderung ganz befriedigt und in Folge dessen abgewiesen wurde, oder ob auch die Com-

*) Recht typisch ausgebildet findet sich diese öffentliche Meinung in Gellius N. A. XIV, 2.

pensation gegen einen Theil der Forderung, und somit eine Minderung der Condemnation in Folge derselben, im älteren Stricti juris judicium möglich war. Hierüber nun lässt uns der von Javolenus (in Stelle XXV.) vorgeführte Rechtsfall keinen Zweifel; denn hier handelt es sich gewiss um ein Stricti juris judicium und eben so gewiss um eine Minderung der Condemnatio auf Grund der eingewandten Compensation, wie zweifelhaft auch sonst manches in der Stelle sein mag.

§. 14.

Unter diesen Umständen haben wir keinen Grund, an der Wahrheit der Behauptung des Theophilus zu zweifeln, dass aus dem Rescript Marc Aurel's für den Richter die Befugniss, zur Minderung der Condemnation auf Grund der Compensation hervorging. Denn wie wir gesehen haben, hatte schon zu Javolenus' Zeit der Richter im Stricti juris judicium diese Befugniss; und es ist daher keine Ursache anzunehmen, dass die Befugniss dem Richter später gefehlt habe, und dass des Theophilus Zeugniss falsch sein müsse; zumal da Minderungen der Condemnation auf Grund der Exceptio doli auch sonst in der spätern Zeit nicht selten vorkommen.

Wenn wir zu dem hinzufügen, was sich aus der Formel der Doli exceptio von selbst ergiebt, so war nach Marc Aurel's Edict die Befugniss des Richters in Bezug auf Compensation dieselbe im Stricti juris judicium mit Exceptio doli als im Bonae fidei judicium: Der Richter durfte die Compensation zulassen oder abweisen, je nachdem ihm Recht schien. Liess er sie zu, so musste er die zur Compensation gebrachte Gegenforderung eben so gut als die Forderung des Klägers prüfen; und es folgte dann aus seinem Ausspruch die *Exceptio rei judicatae.*

Die Bestätigung einer so ausgedehnten Befugniss

durch ein Rescript wäre ganz undenkbar, wenn dem Judex eine ähnliche nicht bereits vorher zugestanden hätte. Andrerseits aber können wir als gewiss annehmen, dass diese Befugniss ursprünglich zum grössten Theil, wenn nicht ganz, in den Händen des Prätor's blieb, und dass davon Anfangs nur ein kleiner Theil, nur soviel als dringend nöthig war, dem Judex übertragen wurde; denn noch Gajus spricht sein Befremden darüber aus, dass selbst im Bonae fidei judicium dem Richter, ohne ausdrücklichen Auftrag des Prätor's die Entscheidung über die Compensation zufiel.

Die hauptsächliche und in vielen Beziehungen beklagenswerthe Lücke unserer Nachrichten besteht nun eben darin, dass wir nicht erfahren, wie des Judex Vollmacht betreffs der Compensation im Stricti juris judicium allmälich erweitert wurde, bis sie jenes ausserordentliche Maass erreichte. Jedoch können wir die Veranlassung des Umschwungs leicht errathen. Durch die Fixirung des Edicts und durch die veränderte Stellung des Prätor's wurde dessen Autonomie allmählich zur Fiction. Es wurde ferner die Compensation, namentlich in Bezug auf das Bonae fidei judicium, immer weiter wissenschaftlich festgestellt, so dass bei derselben von einem eigentlichen Arbitrium kaum mehr die Rede sein konnte. In der That war die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Compensation eben so gut eine Rechtsfrage geworden, als irgend eine Frage über den Rechtsgrund der Obligationen selbst; und da des Prätor's Autonomie aufgehört hatte eine Wirklichkeit zu sein, so konnte ein jeder Rechtskundige die auf die Compensation bezüglichen Fragen ungleich besser beantworten, als manche von den Männern, welche in jenen Zeiten mit Magistratswürden betraut waren.

§. 15.

Obgleich unsere Quellen uns keinen vollen Einblick in die Entwicklungsgeschichte der Compensation im

Stricti juris judicium gewähren, so hat sich doch in ihnen vieles Einzelne erhalten, dessen Zusammenhang sich vermuthen, wenn auch nicht in allen Beziehungen feststellen lässt.

1) Bereits früher hatten wir zu erwähnen, dass der klagende Argentarius auch ohne Zuthun des Beklagten gezwungen war, von seiner Forderung die Gegenforderung in Abzug zu bringen. Dieser Zwang ist etwas ganz singuläres, für den vorliegenden Fall im höchsten Grade passend, aber auf andere Fälle nicht anwendbar, weil nur hier alle die Voraussetzungen vorhanden waren: a) Eine Gegenforderung des Beklagten als normaler Fall; b) die Verpflichtung des Klägers seine eigene Schuld nachzuweisen; c) die Gegenforderung jure civili klagbar; und d) liquid. Hätte der Prätor irgend eine andere Formel aufgestellt, so wäre der Kläger der heilsamen Gefahr der auf plurispetitio stehenden Strafe entgangen.

2) Wenn so ausser dem Argentar Niemand direct gezwungen werden konnte, mit der Formel zu klagen, in deren Intentio die Compensation Eingang findet, so gab es doch viele Fälle, in denen es für den Kläger wünschenswerth war, sich dieselbe Formel zu erbitten, wäre es auch nur um der Einwendung der Exceptio zu entgehen, und es ist kein Grund anzunehmen, dass sie ihm verweigert wurde; zumal wenn er, wie der Argentar eine liquide civile Geldforderung in Abzug bringen wollte.

3) Ausser diesen beiden Fällen, in denen die Gegenforderung in der Intentio mit oder ohne Zwang des Prätors, und ohne Zuthun des Beklagten zur Compensation gebracht wurde, haben wir bereits einen dritten kennen gelernt, wo aber per exceptionem und auf Verlangen des Beklagten compensirt wurde; nämlich gegen den Kläger, aus einer der beiden Stipulationen, die zu einem Compromiss nöthig waren.

Diese drei Fälle haben ein gemeinsames Charakteristicum, das sie ohne Zweifel mit einigen anderen

Fällen der Compensation im Stricti juris judicium, mit allen übrigen vermuthlich, theilen; und welches diese Compensation von der im Bonae fidei judicium sehr wesentlich unterscheidet: Die Paritas causae von Forderung und Gegenforderung war hier nicht die absolute Bedingung der Compensation. Von den drei obigen Fällen zeigt sich das am deutlichsten bei der Compensation gegen die Klage aus Compromiss. Hier musste die Gegenforderung vor der Stipulation entstanden sein, aus welcher die Klage entsprang, und die Paritas causae ist daher ganz undenkbar.

4) Etwas ähnliches geht auch aus Stelle XXIII hervor, in welcher Ulpian einen Ausspruch Labeo's referirt. Denn gleichviel, was der für uns etwas zweifelhafte Auspruch bedeutet habe,*) so ist doch Eines ganz gewiss: dass nämlich zwischen all' den Forderungen des Klägers und der Einen Gegenforderung des Beklagten eine Paritas causae nicht denkbar ist.

Es ist übrigens, und zwar sehr gewöhnlich, bezweifelt worden, dass der Ausspruch Labeo's sich auf die Stricti juris judicia bezöge. Aber man braucht nur die Ausführungen zu lesen, durch welche er auf irgend andere Fälle gedeutet wird, um sich von der Unmöglichkeit anderer Deutung zu überzeugen.**) Es beruhen aber all' diese Versuche augenscheinlich auf eine Art theils dunklen, theils bewussten Glaubens, dass die Compensation im Stricti juris judicium erst durch Marc Aurel ein-

---

*) Grammatisch richtig ist die Uebersetzung im Corpus Juris von Schilling und Sintenis: „Wenn für eine Forderung insbesondere die Aufrechnung bestimmt worden ist." — Uns scheint besser: „Wenn Einer Forderung die Gegenforderung speciell entgegensteht," d. h. es wären mehrere Forderungen vorhanden, davon Eine ex pari causa mit der Gegenforderung. — Sonst wäre des Labeo Ausspruch allzu evident wahr und bedürfte kaum der Erwähnung, vielweniger der Bestätigung mit den Worten: non est sine ratione.

**) Nach der sonst sehr scharfsinnigen Erklärung von Dernburg bezöge sich der Ausspruch auf die dem Bonorum emtor aufgelegte *Deductio*. Doch hier ist von *Compensation* die Rede.

geführt sei; und der Glaube wiederum beruht auf der grammatisch und sachlich unmöglichen Interpretation des Institutionsparagraphen, deren wir oben gedacht haben. Diese Interpretation ist bereits so alt, dass die daraus entsprungene Meinung zu einem Axiom geworden ist, welches selbst nach Loslösung und Zerstörung der Grundlage sein eigenes Leben fortzusetzen im Stande ist. Dass ein solches Axiom auch noch auf diejenigen zurückwirkt, die seinen Boden untergruben, ist zwar eine merkwürdige Erscheinung, aber keineswegs etwas singuläres, sondern in aller Dogmengeschichte findet sich dergleichen häufig wieder.

Machen wir uns aber von jenem Vorurtheil frei, so können wir keinen Augenblick daran zweifeln, dass die Compensation im Stricti juris judicium zur Zeit Labeo's bereits ausgebildet war. Wäre davon irgend ein wichtiger Theil in der Kaiserzeit entstanden, so würde sie nicht einen so entschieden prätorischen Charakter haben, sondern auf Gesetzen, Senatusconsulten oder kaiserlichen Constitutionen beruhen, was doch gewiss nicht der Fall ist; denn sonst wüssten wir es, und die Doctrin hätte sich dann mit dem Institut nicht in so autonomischer Weise beschäftigen können.

5) Es darf uns in unserer Ansicht nicht erschüttern, dass der nächste Schriftsteller nach Labeo, der in unseren Quellen der Compensation im Stricti juris judicium Erwähnung thut, fast 150 Jahre nach ersterem gelebt hat. Denn von den Schriften der Juristen des ersten Jahrhunderts n. Chr. ist uns überhaupt nur wenig erhalten; und die Bildungen welche damals auf unserem Gebiete bestanden, waren schon zur Zeit des Paulus grossentheils obsolet. Jedenfalls war zu Javolenus' Zeit unsere Compensation vollkommen eingebürgert; wie u. A. aus der Stelle hervorgeht, deren wir bereits oben gedacht haben, und auch aus dem wichtigen Satze, den Javolenus nicht als etwas Zweifelhaftes, sondern als feststehende Thatsache ausspricht: *Quaecunque per exceptionem perimi*

possunt in compensationem non veniunt. (XXIV.) Hier kann doch wahrlich nicht von einem neuen Institut die Rede sein!

Wie klar und unzweifelhaft auch dieser Satz, man glaubt dennoch vielfach, derselbe sei nicht allzulange nach Javolenus in den wichtigsten Beziehungen unwahr geworden, indem die Compensation des Debitum naturale im Rechtsstreit zugelassen worden sei. Diese Ansicht stützt sich lediglich auf eine Stelle Ulpian's (XXI.) und hat keinen andern Beleg. Für ein so wichtiges Princip von so mannigfacher Anwendbarkeit ist das höchst seltsam.

Aber ist denn bei Ulpian wirklich von der Compensation im Rechtsstreit die Rede? Nach dem Wortlaut nicht. Nach diesem sollte man glauben, dass von der aussergerichtlichen Compensation gesprochen wird; und damit stimmt auch Ulpian's Entscheidung. Denn die freiwillige Compensation wurde ja auch sonst der Zahlung gleichgestellt. Da nun die *Zahlung* eines Debitum naturale wie jede andere *Zahlung* wirkte, warum nicht die *Compensation* eines Debitum naturale gleich jeder andern *Compensation?* d. h. so, dass die entgegenstehende Forderung aufgehoben wurde; und man, wenn man sie aus Irrthum dennoch zahlte, diese Summe als indebitum solutum zurückfordern konnte.

Dass es im Rechtsstreit eine Compensation des Debitum naturale in der classischen Zeit gegeben habe, ist jenem Ausspruch des Javolenus gegenüber höchst unwahrscheinlich, und stimmt in keiner Weise mit dem Charakter des Instituts, wie wir ihn sonst kennen lernen, und wie die Römer ihn ausdrücklich angeben; z. B. mit den Worten: *Ideo compensatio necessaria est quia interest nostra potius non solvere quam solutum* repetere. (XVIII.)

6) Neratius und nach ihm Pomponius, sprechen den wichtigen Grundsatz aus: Der Fidejussor ist ipso jure nicht mehr zu zahlen verpflichtet, als der Hauptschuldner würde zu zahlen haben, wenn

er die Compensation seiner Gegenforderung geltend machte. Nach dieser Auffassung ensteht die Verpflichtung des Fidejussor's erst im Moment der Klage. Sie entspringt aus dem Mandat des Hauptschuldner's an den Fidejussor, und kann daher nicht auf mehr gehen, als der Hauptschuldner selbst zahlen würde, wenn er statt des Fidejussor's verklagt wäre. Seitens des letzteren findet, wenigstens bis dahin, keine Compensation statt.

Aber da der Fidejussor ursprünglich eben nur diese Verpflichtung hat, so steht es ihm, wie jedem andern Beklagten frei, auch seine Gegenforderung zur Compensation zu bringen. Dies ist der wahre Sinn des Rechtsverhältnisses, das Gajus (XX.) in seiner oberflächlichen Weise so dargestellt, als habe der Fidejussor eine doppelte Compensation: 1) für den Hauptschuldner, 2) für sich.

7) Nicht weniger wichtig ist folgende Constitution Hadrian's: Ist eine Ehe getrennt, gleichviel ob durch Tod oder Scheidung, und wird auf der einen Seite auf Herausgabe einer Schenkung geklagt, so darf auf der andern Seite eine Schenkung zum selben (oder zu einem minderen) Betrage zur Compensation gebracht werden. Während aber die Klage nur dann möglich ist, wenn der beklagte Ehegatte das Geschenk noch besitzt (Locupletior factus est), soll die Erfüllung dieser Bedingung für die Compensation nicht nöthig sein. In letzterem Falle freilich würde im Streit ein Debitum naturale zur Compensation gebracht; es ist das aber ein Ausnahmsfall, der auf einer besonderen kaiserlichen Constitution beruht. (XXVI.)

8) Noch bedeutend beschränkt wurde die Möglichkeit auch dieses Falles, durch die indirecte Wirkung der Oratio Antonini, welche verordnete, dass Schenkungen unter Ehegatten wie *mortis causae donationes* behandelt werden sollten. Denn jetzt convalescirten durch den Tod alle unwiderrufenen Schenkungen unter Gatten;

und es war daher bei unwiderrufenen Schenkungen eine Compensation unmöglich, weil eben nur auf der Einen Seite eine Forderung vorhanden war. Die Möglichkeit jener Compensation beschränkte sich also hinfort auf widerrufene Schenkungen, und auf die Klage nach der Scheidung. (XXVII.)

Folgende Sätze lassen sich, theils als unzweifelhaft richtige, theils als höchst wahrscheinliche Schlüsse aus unseren Quellen zu obigem hinzufügen:

9) *Quod in diem debetur non compensabitur antequam dies venit.* (XXII.)

10) Höchst wahrscheinlich war für die Compensation im Stricti juris judicium eine nicht allein liquide, sondern auch in solchem Judicium klagbare Forderung, eine Forderung auf *dare,* nothwendig. (XXII.)

11) Aber auf *certa credita pecunia* brauchte die Gegenforderung vermuthlich nicht gestellt zu sein (XXV.), sondern da die Compensation durch die Condemnation geschah, so war es ausreichend, wenn das *quanti ea res est* genügend festgestellt werden konnte.

Fassen wir alle diese Gesichtspunkte zusammen, so zeigt sich uns der Charakter der Compensation im Stricti juris Judicium bis auf Marc Aurel mit genügender Klarheit. Der Zweck des Instituts war der, den Pomponius angegeben, und dieser Zweck wurde mit denjenigen Mitteln erreicht, die dem Prätor als die passendsten schienen: Beim Argentar durch die Compensation in der Intention, sonst durch Exceptiones in factum conceptae, deren Gewährung und Verweigerung der Prätor sich vorbehielt. Aber in letzterer Beziehung waltete gewiss keine Willkür, sondern es kam jenes Princip des Pomponius durchaus zur Geltung; d. h. es wurden diejenigen Gegenforderungen zur Compensation gebracht, die man andernfalls gleichzeitig mit den eingeklagten Forderungen hätte einklagen und zur Condemnation bringen können. Von diesem Princip wurde freilich in Einem ganz besonderen Falle, aber nur in

diesem, eine Ausnahme gemacht, und eine nicht klagbare Naturalis obligatio zur Compensation zugelassen. Für diese Einrichtung war eine eigene kaiserliche Constitution nothwendig gewesen.

Die *Paritas causae* zwischen Forderung und Gegenforderung, die in dem Bonae fidei judicium eine nothwendige Voraussetzung der Compensation war, fehlte im Stricti juris judicium in der Regel. Man zog es jedoch vor, zwei Forderungen, die in solcher Verbindung standen zu compensiren, wenn die Wahl sich bot. Hingegen scheint die *par species*, d. h. die Möglichkeit eines wirklichen mathematischen Abzuges ein Erforderniss der Compensation im Stricti juris judicium gewesen zu sein, das im Bonae fidei judicium fehlte.

Alle diese Charakterzüge, mit Ausnahme einiger Einzelheiten, hatte das Institut vermuthlich bereits zur Zeit Labeo's; und von bestimmten Spuren der Entwicklung findet sich, ausser jener Constitution Hadrian's, die ganz vereinzelt war und geblieben ist, nichts in unsern Quellen. Dennoch können wir mit Sicherheit annehmen, dass in den Formen der Exceptiones eine derartige Entwicklung stattgefunden hat, welche das Institut nach und nach für die Doli exceptio reif machte. Nur sind uns von diesem Entwicklungsgange, wie gesagt, leider alle Spuren verloren, wie es auch sonst an bestimmten Nachrichten über das Einzelne der prätorischen Formeln in so hohem Grade mangelt.

§. 16.

Wie wir aus den Bruchstücken sehen, die wir bisher zu prüfen hatten, waren alle Theile der Compensationslehre schon frühe zu Gegenständen wissenschaftlicher Erörterung geworden; und blieben es die ganze Periode der classischen Jurisprudenz hindurch. Es lag also zu Marc Aurel's Zeit bereits ein theoretisch vollkommen durchgebildetes Institut vor, dessen Anwendung im Einzelnen man auch im Stricti juris judicium dem Richter

überlassen zu können glaubte, wie man ihm dieselbe im Bonae fidei judicium seit langer Zeit zu überlassen gewohnt war.

Diese Modification Marc Aurel's beruhte, wie es scheint, auf einem Ideengange, aus dem sich später noch andere merkwürdige Früchte ergaben. Die präcise und wenn man will schroffe Rechtsanschauung der älteren Zeit, welcher die Vermischung verschiedener Obligationen ein Unding war, hatte seit Jahrhunderten aufgehört, eine Volksanschauung zu sein; und selbst bei den Juristen, die jetzt eine eigene Klasse mit besonderen Traditionen bildeten, war jene Anschauung nicht mehr in ihrer ursprünglichen Schärfe erhalten. Andrerseits hatte die entgegengesetzte Anschauung, nach welcher die zusammenfallenden Forderungen und Schulden der gegenseitigen Gläubiger und Schuldner gleichsam wesenlose Dinge waren, an Intensität um so viel zugenommen, als die andere daran verloren hatte; und jene war durch diese aus dem Volksbewusstsein gänzlich verdrängt. Hierzu gesellte sich, dass jenes streng juristische Princip auch in der Praxis vollständig beseitigt war, und daher der öffentlichen Meinung jetzt nur als eine leere Fiction erschien, die den Juristen zum Vorwand diene, für die Compensation statt des geradesten und nächsten Weges einen Umweg einzuschlagen. Wenn wir uns vergegenwärtigen, was in derartigen Dingen heutzutage geschieht, so können wir uns leicht denken, dass die öffentliche Meinung unablässig auf Einschlagung jenes scheinbar nächsten Weges drang; und der erste entschiedene Sieg, den sie in diesem Kampfe gegen die conservative Theorie davon trug, war das Edict Marc Aurel's.

Aber selbst durch diesen Sieg war die öffentliche Meinung weder praktisch noch theoretisch befriedigt. Praktisch war es im hohen Grade lästig, dass Forderungen, denen compensable Gegenforderungen entgegenstanden, dennoch eingeklagt werden konnten; zumal ja namentlich unter den Stricti juris Obligationen viele von

so evidenter Natur waren, dass es als unnützer Zeitverlust gelten musste, wenn es erst des Processes bedurfte, um hier den Gegner zur Aufrechnung zu zwingen.

Schon von der praktischen Seite war also ein starker Antrieb vorhanden, Forderungen, die im Streite regelmässig compensirt wurden, auch schon ohne Streit als compensirt anzusehen, d. h. den Kläger abzuweisen, der eine solche Forderung einklagte, ohne auf die Gegenforderung Rücksicht zu nehmen; oder wenn er auf den Process in dieser Form bestand, ihn wegen pluris petitio selbst seine wirklichen Ansprüche verlieren zu lassen.

Ein solches Verfahren empfahl sich auch theoretisch. Denn die öffentliche Meinung konnte dadurch nicht zufrieden gestellt sein, dass in die Anwendung der Compensation äusserlich einige Gleichförmigkeit gebracht war. Das Princip selbst, das noch immer herrschte, war anstössig. Nach dem Princip galten die entgegenstehenden Forderungen neben einander von Rechtswegen fort, und es war eine Gnade des Prätor's, dass sie praktisch gegen einander aufgehoben wurden. Eine solche Gnade aber musste in jener Zeit als eine ganz wesenlose Fiction erscheinen; und es musste unbegreiflich sein, warum dasjenige, was nach constanten juristisch ausgebildeten Principien regelmässig und in allen Fällen geschah, nicht auch durch das Recht (ipso jure), sondern gegen dasselbe durch den Schutz des Prätor's (tantum tuitione Praetoris) geschehen sein sollte, zumal ja der Rechtsgrund, der die Compensation aus dem Jus ausschloss, jeden Halt in der öffentlichen Meinung und scheinbar selbst jede praktische Bedeutung verloren hatte.

Wenn wir uns all dies vergegenwärtigen, so werden wir vielleicht für die berühmte Nachricht des Paulus (Stelle XXXV.) das rechte Verständniss gewinnen. Wir erfahren hier, dass lange der Compensation *ipso jure* theoretische Bedenken entgegengestanden hatten, und dass diese Bedenken zu Paulus' Zeit überwunden waren. Aber die Möglichkeit einer verschiedenen Interpunction

der Stelle macht es für uns zweifelhaft, wie eigentlich die Frage bei den Juristen aufgeworfen und entschieden worden ist. Wir können abtheilen:

Posteaquam placuit inter omnes, id quod invicem debetur ipso jure compensari — oder

Posteaquam placuit, inter omnes id quod invicem debetur ipso jure compensari.

Von diesen beiden Interpunctionen ist die zweite grammatisch die empfehlenswerthere; aber auch durch sie erhalten wir keinen untadelhaften Satz. Dem Sinne nach, den die eine oder die andere Interpunction ergeben würde, ist die erstere die ungleich empfehlenswerthere; aber ihr stehen grammatische Bedenken entgegen.

So gewährt uns weder die eine, noch die andere Interpunction ein befriedigendes Resultat; und um ein solches zu erhalten, müssen wir suchen, auf den ursprünglichen Wortlaut der Aeusserung des Paulus zurückzugehen, von der uns hier, wie gewöhnlich in den Pandekten, nur eine Epitome erhalten ist. Für diese Restitution müssen wir uns der Analogieen bedienen, welche die Vergleichung derjenigen vaticanischen Fragmente, denen Digestenfragmente entsprechen, mit diesen Fragmenten selbst uns bieten. Diese Vergleichung zeigt uns nämlich, dass es die Methode der Compilatoren war, aus den ausführlichen Controversen, die sich in den Originalen fanden, nur Eine Ansicht mit ihrer Motivirung oder auch ohne dieselbe aufzunehmen, die ihr entgegenstehenden Ansichten aber, mit ihren zum Theil sehr ausführlichen Motiven auszuscheiden.

Dass etwas Derartiges auch mit des Paulus Originaläusserung geschehen ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Gewiss hatte Paulus ausgeführt, dass früher, ehe die Compensation ipso jure von den Juristen als zulässig betrachtet wurde, für den von ihm angeführten Fall eine andere Regel bestanden hatte, als diejenige, die er jetzt für die richtige hielt.

Die Worte, *postquam placuit inter omnes* sind somit

ein Rest, und aller Wahrscheinlichkeit nach, nicht ein wortgetreuer Rest der Satzverbindung zwischen der Ausführung der früheren und der späteren Ansicht in des Paulus Original. Was hier ursprünglich gestanden hat, lässt sich nur vermuthen; vielleicht *sed Papiniano placuit et nunc inter omnes constat*, oder etwas derartiges. Was ergiebt sich hieraus für die Controverse der Juristen Betreffs der Compensation? Aus dem Wortlaut der Stelle können wir, je nach der Interpunction schliessen, entweder: a) dass jetzt alle Juristen dafür stimmten, die Compensation finde ipso jure statt (während früher einige Juristen daran zweifelten), oder b) dass jetzt die Juristen dafür stimmten, dass in allen Fällen ipso jure compensirt würde (während dies für einige Fälle früher zweifelhaft, für andere unzweifelhaft war).

Sehr erheblich ist, wie wir sehen werden, der Unterschied nicht, und obgleich die erstere Interpretation sachlich die bessere scheint, so lassen sich doch auch für die zweite einige sachliche Gründe anführen. Andrerseits dürften die grammatischen Bedenken, welche der zweiten Interpretation entgegenstehen, durch die angeführten Analogieen grossentheils beseitigt sein, und wir sind daher im Stande, die Ergebnisse beider Interpretationen neben einander zu betrachten.

§. 17.

Wenn wir von dem Streit der römischen Juristen sprechen wollen, *ob die Compensation ipso jure Platz greife oder nicht*, so haben wir dabei nicht an einen Streit im modernen Sinne zu denken, der etwa zukünftige Verordnungen ins Auge fassend, sich mit der Frage beschäftigt hätte: Ob es gut sei, dass eine solche Compensation stattfinde. Streitfragen de lege ferenda (wie wir uns in schlechtem Latein auszudrücken pflegen) waren ausserhalb des Bereichs der römischen Jurisprudenz, die sich nur mit Interpretation beschäftigte. Was hier wirklich in Frage gestellt wurde, war: Ob, oder ob

nicht die Compensation, wie man sie in der Praxis kannte, direct aus dem Jus Civile hervorgehe, oder ob sie noch immer als ein freiwilliger Act zu betrachten sei.

Dass ein solcher Zweifel aufsteigen konnte, ist erklärlich genug. Denn in all den Fällen die wir uns vor Augen geführt haben, im Bonae fidei judicium, wie im Stricti juris judicium mit Exceptio doli, selbst in der Argentarierklage trat jetzt die Compensation constant und nach bestimmten Regeln ein, deren Auslegung wie jede Rechtsfrage dem Judex oder Arbiter anheimfiel.

Dennoch mahnten, wie wir sehen werden, manche Consequenzen der alten Lehre daran, dass diese im Princip noch immer galt; und stellten sich der Anschauung entgegen, dass die Compensation ipso jure eintrete. Der Streit, der sich auf Grund dieser Sachlage erhob, konnte nun derart sein, dass für einige Fälle — etwa die bonae fidei judicia und die Obligationen, die dort zum Austrag kamen — allgemein angenommen wurde, die Compensation geschehe ipso jure, während es für andere Fälle zweifelhaft blieb; oder es konnte auch im Allgemeinen die Compensation ipso jure von einigen Juristen behauptet, von andern verneint werden, welches letztere das wahrscheinlichere ist. Wie dem auch sei, so war, nach des Paulus Zeugniss, zu seiner Zeit die Controverse dahin entschieden, dass die Compensation ipso jure eintrete; nicht durch den *freiwilligen Act der Parteien.*

Da es sich, wie gesagt, in der Hauptsache hier nicht um eine beabsichtigte Veränderung handelte, sondern um eine Erklärung dessen, was bereits Gebrauch war, so kann es uns keineswegs in Erstaunen setzen, dass der Sieg der neuen Lehre die bis dahin bestehende Praxis nicht umschuf, sondern sie nur in einzelnen Punkten modificirte.

Jener Sieg ist übrigens nicht erst in der Blüthezeit des Paulus errungen worden, sondern alle Ansichten

Ulpian's stehen bereits auf diesem Boden, während Papinian's Stellung eine zweifelhafte ist. Um uns dies zu vergegenwärtigen, wollen wir uns a priori davon Rechenschaft geben, was aus dem Princip der ipso Jure Compensation für die Anwendung in den bisher betrachteten Fällen folgte.

1) Im Bonae fidei judicium trat eine praktische Veränderung nicht ein. Der Judex entschied nach wie vor, ob eine Forderung compensabel sei oder nicht; und prüfte im letzteren Falle ihren Rechtsgrund. Nur war jetzt unbezweifelt, was eine Zeitlang vorher von Manchem, und noch zu des Gajus Zeit gewiss allgemein bezweifelt wurde: dass diese Compensation nicht das Werk eines Menschen — weder des Richters noch der Partheien — sei, sondern durch das Recht selbst in dem Augenblick eintrete, wo die beiden Ansprüche vorhanden seien; und dass der Richter daher die Compensation nicht *vollziehe* sondern nur *constatire*.

2) In der Argentarierklage war praktisch nichts, aber wenn man consequent sein wollte, die Form, zu ändern. Statt in der Intentio die Debita beider Parteien anzuerkennen, durfte man jetzt darin nur die Differenz zwischen beiden als wirkliches Debitum erwähnen.

3) Im Arbitrium familiae herciscundae war Nichts zu ändern. Nur galt der Ausspruch des Judex, der sonst als die Quelle der Compensation angesehen wurde (der Judex handelte wiederum im Auftrage des Prätor's), jetzt nur als eine Declaration der Thatsache, dass ipso jure die Compensation eingetreten sei. Doch scheint zwischen diesen beiden Begriffen noch ein Schwanken stattgefunden zu haben.

4) Im Compromiss veränderte sich nichts. Denn hier beruhte die Befugniss zur Compensation auf dem übereinstimmenden Auftrag der Parteien, dem selbst das hätte weichen müssen, was ipso jure eingetreten wäre. — Die Compensation gegen die Klage aus der Compromiss-

Stipulation glich den andern Compensationen im Stricti juris judicium.

5) Die wichtigste Veränderung trat im Stricti juris judicium ein, auf dass sich gewiss der Streit hauptsächlich bezog. Zwar stand hier der Exceptio doli auch jetzt Nichts entgegen, da es ein Dolus blieb, in der Klage auf die Gegenforderung keine Rücksicht zu nehmen; und noch immer war es dem Kläger erlaubt, die Gegenforderung von der Forderung sofort in Abzug zu bringen, ohne erst des Beklagten Einwand abzuwarten. Aber was früher nur ein *erlaubter*, und formell freiwilliger Akt gewesen, war jetzt zur Zwangspflicht geworden. Bestand der Kläger darauf mehr zu fordern, als ihm ipso jure zustand (d. h. forderte er in der Intentio mehr als den Ueberschuss), so verlor er seinen Anspruch wegen pluris petitio.

Prüfen wir nun die Stellen, in denen Ulpian und Paulus von der Compensation handeln, sowie die kaiserlichen Constitutionen aus dieser und der nächstfolgenden Zeit, so werden wir darin die hier entwickelten Anwendungen der ipso jure Compensatio wiederfinden, nebst andern Ausführungen desselben Princips.

§. 18.

Wir haben (s. unsere Tafel Stellen XXVIII—XLII.) eine Reihe von Fragmenten des Ulpian und Paulus und von gleichzeitigen kaiserlichen Constitutionen abgedruckt, die sich auf die Compensation beziehen. Es war nicht unsre Absicht, sämmtliche derartige Stellen wiederzugeben, sondern nur eine Auswahl der wichtigsten zu treffen. Das Ergebniss unserer Prüfung dieser Stellen wird sich jedoch mit gleicher Sicherheit auch auf die übrigen anwenden lassen.

1) Paulus R. S. II, 5. § 3 (Stelle XXVIII). Diese Stelle ist nur dadurch etwas dunkel, dass Paulus in der den römischen Juristen üblichen elliptischen Weise

spricht. Ergänzen wir das, was er als selbstverstanden ausgelassen, so sind seine Worte sehr deutlich:

Die Compensation gleichartiger Forderungen — wenn auch der Entstehungsgrund ein verschiedener — ist rechtlich möglich. (Der Kläger kann daher die Unmöglichkeit nicht als Vertheidigung gegen die Compensation vorschützen.) *Schulde ich dir also Geld oder Getreide etc. und du mir desgleichen; so ist es dir nicht möglich, ohne Gefahr des Causa cadere deine* **ganze** *Forderung einzuklagen.* (Du darfst entweder überhaupt nicht klagen, oder nur auf den Ueberschuss.) *Du musst nämlich entweder* (wenn deine Schuld der meinen gleich oder grösser als meine ist) *deine Forderung als aufgerechnet betrachten* (und daher überhaupt nicht klagen) *oder* (wenn meine Schuld die grössere von beiden ist, den Betrag der deinen) *abziehen* (und nur auf die Differenz klagen).

Dieser Sinn, der einzige, den die Stelle haben kann, würde sich noch deutlicher ergeben, hätte nicht Paulus sich der althergebrachten Ausdrücke *Compensatio admittitur* und *compensare debes* bedient, welche dem Rechtsverhältniss, wie es seit der Annahme der ipso jure compensatio geworden, nicht mehr ganz angemessen sind.

Was den ersten Ausdruck betrifft, so lernen wir seine hergebrachte Bedeutung aus l. 22 h. t. (Stelle XXIV.) kennen. *Compensatio hujus debiti admittitur* bedeutet in jener Stelle: „Es ist (nach der Theorie der Compensation) dem Kläger möglich, diese Gegenforderung im Process in Abzug zu bringen.“ Die Folge einer solchen Möglichkeit war damals, als Scaevola jene Worte schrieb, dass der Kläger den Abzug machen musste, wenn er sich nicht der Exceptio doli aussetzen wollte. Obgleich daher in Wirklichkeit ein indirecter Zwang vorhanden war, bestand doch der Theorie nach die freie Wahl, und es wurde theoretisch so angesehen, als rechne der Kläger gleichsam freiwillig die Gegenforderung auf. Wenn nun auch diese Terminologie zu der Theorie nicht

passt, die von Paulus in der Entscheidung ausgeführt ist, und dadurch für uns ein scheinbarer Widerspruch entsteht, so war ein solcher doch gewiss für die Römer nicht vorhanden.

Schon lange war man ja gewohnt, die erzwungene Handlung mit Ausdrücken zu bezeichnen, die nur auf eine freiwillige Handlung passten. Man bemerkte es daher kaum, als die obsolete Anschauung, die jenen Ausdrücken zum Substrat diente, und die den Meisten lange schon als wesenlose Fiction galt, auch aus der Theorie geschwunden war. Einen Grund die Terminologie zu ändern, konnte man darin nicht finden, da der klare Zusammenhang zwischen Wortlaut und Inhalt dem neueren classischen Recht eben so sehr fehlt, als er das ältere kennzeichnet.

Paulus sagt also ganz einfach, **dass keiner von zwei wechselseitigen Gläubigern ohne die Gefahr des causa cadere auf das Ganze seiner Forderung klagen kann.** Derjenige, der *weniger* zu fordern hatte, muss gänzlich schweigen und seine Forderung als aufgerechnet betrachten (*compensare*). Derjenige welcher *mehr* zu fordern hatte, hat bei der Klage die Gegenforderung in Abzug zu bringen (*deducere*). Dies ist auch selbstverständlich, weil ja die Forderungen, soweit sie sich decken, im Augenblick des Zusammenfallens aufgehoben sind; und daher in der That zur Zeit der Klage der eine der früheren Gläubiger ganz aufgehört hat, Gläubiger zu sein; der andere aber bis auf den Ueberschuss. Verlangt der eine irgend etwas, der andere mehr als den Ueberschuss, so ist das causa cadere wegen Pluspetitio die unvermeidliche Folge.

Die Formel, auf die Paulus den eventuellen Kläger hinweist, ist einfach die einer Condictio certi:

Intentio: Forderung des Ueberschusses, der dem Kläger kam: *Si paret* N^{um} N^{um} A^{0} A^{0} *HS. M dare oportere;*

Condemnatio: N^{um} N^{um} A^{0} A^{0} *condemna, S. N. P. A.*

Enthält die Intentio mehr als den Ueberschuss, so

tritt die Freisprechung des Beklagten von der ganzen Schuld, das causa cadere des Klägers ein.

2) Dig. XII, 6. l. 23. § 1 (Stelle XXX.). Auch hier gehört die Terminologie der älteren Anschauung an, während das Rechtsverhältniss selbst der älteren und der neueren Theorie gleich angemessen ist.

3) Dig. h. t. l. 9, § 1 (Stelle XXXI.) und l. 21 (Stelle XXXV.). Die Einleitung der zweiten Stelle haben wir bereits untersucht, und es bleibt uns nur der Hauptsatz zu erklären übrig; d. h. die eigentliche Frage, um die es sich hier handelt:

> „Soll jetzt, nachdem die **ipso jure** Compensation allgemein giltiges Recht geworden, der Procurator (noch immer) hinsichtlich der Compensation pro rato caviren müssen?"
>
> Paulus antwortet:
>
> „Nein, denn der Procurator nimmt jetzt überhaupt keine Compensation vor. Es wird schon in der Klage weniger (als die Summe, die der Schuldner anfangs zu zahlen hatte) von ihm gefordert."

Paulus berichtigt hier offenbar die Irrthümer einer Partei, die sich in die Consequenzen der neuen Lehre der ipso jure Compensation nicht hineinfinden konnte, und *noch immer* eine Caution verlangte, welche *vor* der Annahme dieser Lehre mit Recht im Gebrauch war.

Dies wird uns alsobald klar, wenn wir uns die frühere und die jetzige Compensation mit ihren Consequenzen in dem gegenwärtigen Fall, vor Augen führen.

In Frage steht ein wechselseitiges Schuldverhältniss, in welchem die beiden Forderungen ungleich sind. Früher hätte ein solches Schuldverhältniss bis zur Klage fortbestanden. Jetzt ging sofort bei Entstehung der neueren Forderung, d. h. im Augenblick wo zwei Forderungen vorhanden waren, die eine, nämlich die kleinere, ganz zu Grunde, während die grössere auf den Ueberschuss reducirt wurde. Es bestanden daher *sonst*

zur Zeit der Klage *zwei* wechselseitige Obligationen, eine grössere und eine kleinere. *Jetzt* bestand nur *eine* einzige Obligation, die von der grösseren übrig geblieben war.

Wurde daher vor Einführung der ipso jure Compensation von den beiden Forderungen die grössere eingeklagt, so konnte die Compensation nur im Wege der Abrechnung durch Exceptio stattfinden. Wenn nun an die Stelle des Beklagten ein Procurator trat, so war es selbstverständlich, dass dieser betreffs der Aufrechnung pro rato caviren musste, weil ja der Procurator nur zur Vertheidigung, nicht zum Verzicht autorisirt war, und daher der Kläger nicht sicher war, nicht dennoch mit der Gegenforderung belangt zu werden.

Jetzt war das Verhältniss ein ganz anderes. Es war jetzt zur Zeit der Klage nur Eine Obligation vorhanden, die bereits früher durch das Recht selbst auf den Ueberschuss reducirt war. Nur diese reducirte Forderung konnte ohne Gefahr eingeklagt werden: *Ab initio minus petitur.* Eine Abrechnung mit dem Procurator fand überhaupt nicht statt, und es war um so weniger ein Grund zur Caution vorhanden, als diese keinen Zweck gehabt hätte.

Denn durch die ipso jure Compensatio war die Gegenforderung, für deren Nichteinklagung die Caution verlangt wird, bereits zur selben Zeit zu Grunde gegangen, als die grössere Forderung auf den Ueberschuss reducirt wurde. Zur Zeit der Klage *existirt also die Gegenforderung nicht mehr;* und es wäre doch absurd, für die Nichteinklagung *einer nicht vorhandenen* Forderung zu caviren!!

Demjenigen, der den Paulus consultirte, waren diese evidenten Thatsachen auch durch den kurzen Hinweis auf die Theorie der ipso jure Compensatio sofort klar. Uns sind sie weniger deutlich, weil bei uns dieses Princip keine rechte Wurzel gefasst hat.

Ein ähnliches Verhältniss ist in l. 9, § 1 in Frage: Soll es dem Filiusfamilias erlaubt sein, als Verklagter

eine Gegenforderung des Vaters in Anrechnung zu bringen? Diese Erlaubniss wird ihm ertheilt (weil ja die Compensation ipso jure stattgefunden hat). Nur muss der Sohn caviren, denn zwischen jenem und diesem Falle ist der Unterschied, dass die quasi solutio, die in der Compensation liegt, im ersten Falle direct an den Beklagten geht, der ja weniger zahlt; während sie im zweiten Falle dem Sohne zu gute kommen würde, der vielleicht nicht zur Empfangnahme der Zahlung autorisirt ist.

4) L. 10. Dig. h. t. (Stelle XXXII.). Im Principium und im § 1 dieses Fragments wird ausgeführt, dass die aus der Societät, während deren Dauer entspringenden Forderungen, soweit sie einander decken, sich ipso jure gegenseitig compensiren, und dass aus dieser Compensation die beiderseitige Liberation folgt. Zahlt daher einer der Socien eine Schuld, von welcher er durch Compensation bereits liberirt ist, so tritt die Condictio quasi indebiti soluti ein. Letztere Folge — die condictio quasi indebiti soluti — tritt jetzt immer ein, wenn eine durch Compensation ipso jure aufgehobene Schuld dennoch gezahlt worden ist.

Die im §. 2 ausgeführte Lehre, dass in den Schadenersatzklagen die Compensation zugelassen werde, geht schon aus der Zulässigkeit derselben in dem Stricti juris judicium hervor. Auch in diesem Paragraphen sehen wir wie die Ausdrücke *compensatio locum habet* und *compensationem opponere potest* als aequivalent gebraucht werden, und wie daher die alte Terminologie durch die neuen Begriffe nicht beseitigt ist.

5) D. h. t. l. 11. l. 12. Cod. h. t. l. 4. l. 5. (Stellen XXXIII, XXXIV, XL, XLI.) In der 4. Codicis ist das neue Princip der Compensation deutlicher als irgend sonst in unseren Quellen ausgesprochen; *Ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore ex quo ab utraque parte debetur.* Daraus folgt, wie in unsern vier Stellen gesagt ist, dass nur von dem Ueberschuss

Zinsen zu zahlen sind; selbst wenn nur auf einer Seite Zinsen ausbedungen sind. Für den durch Compensation aufgehobenen Theil der Forderung brauchen die Zinsen nicht weiter gezahlt zu werden.

Vollkommener als in unserer l. 11 (XXXIII) kann das Princip der ipso jure Compensatio nicht anerkannt werden. Es ist daher bemerkenswerth, dass dies nicht ipsis verbis geschieht. Aehnliches findet sich auch sonst bei Papinian (dem wir vermuthlich diese Constitution verdanken); und es bleibt daher zweifelhaft, ob sein berühmter Ausdruck: *Aequitas quae merum jus compensationis inducit* (Stelle VIII) auf die Anerkennung der ipso jure Compensatio zu deuten ist, oder nicht. **Jedenfalls ist diese Constitution des Septimius Severus als der Anfang der Ipso Jure Compensation zu betrachten.**

6) Dig. XVIII. 1. l. 57. §. 3. (Stelle XXXVI.) Mehr scheinbar als wirklich zu unserer Lehre gehört diese Entscheidung des Paulus; denn Paulus nimmt nicht etwa an, dass hier zwei Obligationen entstanden und sogleich wieder untergegangen seien. Er meint, aus dem beiderseitigen Dolus entspringe überhaupt keine Obligation, der Dolus werde gegen den Dolus compensirt, und es sei kein Rechtsverhältniss entstanden das dem Judex zur Prüfung vorgelegt werden könnte.

7) Dig. XXIV 3. l. 15. §. 1. Cod. h. t. l. 6. Cod. V 21. l. 1. (Stellen XXXVII, XLII.) Weil der Ehemann an der Dos Eigenthum hat, und in Bezug auf dieselbe zu der Ehefrau nicht im obligatorischem Verhältnisse steht, so kann keine Compensation zwischen den Forderungen des Ehemanns und der Dos stattfinden. Wenn aber er, oder sein Erbe, nach gelöster Ehe zur Herausgabe der Dos condemnirt ist, so tritt zwischen der durch den Richterspruch entstehenden Obligation und den Forderungen des Ehemanns die Compensation ipso jure ein.

8) Cod. III 37. l. 3. (Stelle XXXVIII.) Im Arbitrium Communi dividundo, das bekanntlich der Analogie des Arbitrium Familiae herciscundae folgt, findet, wie früher,

so auch jetzt, die Compensation der durch das Arbitrium erzeugten Obligationen statt. In dem Ausdruck, den hier Alexander Severus für diese Compensation gebraucht: *Compensatione pretii invicem facta*, bleibt es zweifelhaft, ob an eine Compensation durch den Judex oder ipso jure gedacht wird. Und diese Vagheit des Begriffes mag auch in der That in dem Geist des Kaisers vorhanden gewesen sein. Praktisch jedoch geht auch diese Entscheidung, wie alle andern auf die Anerkennung der Compensatio ipso jure facta hinaus.

9) Cod. h. t. l. 2. (Stelle XXXIX.) Was ex causa judicati bezahlt ist, kann so wenig zur Compensation gebracht als durch die Condictio indebiti soluti zurückgefordert werden. Hingegen steht gegen die Actio judicati die Compensation frei; d. h. gegen die Obligation die aus dem Rechtsspruch entsteht, wird, wie wir bereits gesehen haben, ipso jure compensirt.

Aus allen diesen Stellen, sowie aus den übrigen des Papinian, Ulpian und Paulus ergiebt sich, dass in der von uns dargestellten Weise die Compensation ipso jure die ältere Fiction der durch den Prätor erzwungenen Freiwilligkeit factisch verdrängt hatte; wenn auch aus der ältern Zeit noch mancherlei Ausdrücke sich bewahrt haben. Die praktischen Veränderungen welche durch die Annahme des neuen Princips entstanden, waren nicht sehr erheblich. Auch war es jedenfalls nicht die Absicht der späteren classischen Juristen, ein neues Princip aufzustellen, oder eine neue Praxis herbeizuführen; sondern sie wollten nur das bisher Bestehende erklären, und nach dem Princip, das sich dann ergab, einige theoretische Ungleichheiten beseitigen, die mit praktischen Nachtheilen verknüpft waren. Mehr ist durch Aufstellung des Princips der ipso jure Compensatio in der späteren classischen Zeit nicht beabsichtigt worden und nicht geschehen.

§. 19.

Fragen wir uns nun aber, welchen Werth dieses Werk der Ausgleichung hatte, so muss unser Urtheil aus Lob und Tadel gemischt sein. Vollkommen des Papinian würdig ist der Gedanke, die theoretischen Widersprüche der Compensationslehre in der Art zu beseitigen, dass von den beiden Principien die Jahrhunderte lang einander bekämpft hatten, dasjenige zum vollen Siege gelangte, das von Anfang an siegreich gewesen, und das immer weitere Fortschritte gemacht hatte, weil es eben der Richtung der neuern Rechtsbildung entsprach.

Die Ausgleichung *durch Aufnahme der Compensation in das Jus Civile* hatte aber auch eine sehr bedenkliche Seite. Nicht zufällig war der Sieg des neuen Princips über das alte an der Grenze stehen geblieben, die ihm durch die Grenzen des prätorischen Rechts gesteckt war. Nicht zufällig war die Compensation bei aller Annährung an eine civilrechtliche Geltung, doch ein prätorisches Institut geblieben. Denn wie sehr auch das Rechtsbewusstsein, auf dem das Jus Civile beruhte, bereits geschwächt, wie sehr dieses Recht selbst durch die Eingriffe, die man im Interesse der Utilität gemacht, bereits verletzt war, so war doch die Compensation in zu schroffem Widerspruch mit dem innersten Wesen des Jus Civile als dass sie ohne Gewaltsamkeit in dasselbe hätte übergehen können.

Diese Gewaltsamkeit fühlt man nun sowohl in dem Axiom, *dass zwei wechselseitige Forderungen in dem Augenblicke der Coexistenz sich bis auf den Ueberschuss der einen wechselseitig aufheben:* als auch in den Consequenzen dieses Princips, und namentlich in der neuen Form der Compensation im Stricti Juris Judicium und in den materiellen Folgen, die sich daran knüpfen.

Das causa cadere wegen Pluris petitio ist schon an sich ein Rechtsgedanke, der einem ganz unentwickelten Rechtswesen angehört, und der in einem fortgeschrittenen

sich nur durch starre Rechtsorthodoxie erhalten konnte. Den Fällen der wirklichen Pluris petitio auch noch die einer fingirten Pluris petitio hinzuzufügen, dies steht also in geradem Gegensatz gegen die Richtung, welche die Entwicklung des Rechts seit Jahrhunderten verfolgte, und von der die Compensationslehre selbst eine Aeusserung war.

Man kann sich daher des Eindrucks nicht erwehren, es sei diese Compensation etwas Künstliches und der wahren Rechtsentwicklung Fremdes gewesen, und man würde sich nicht wundern, wenn man in der römischen Praxis ein instinctmässiges Widerstreben gegen dieses Institut entdeckte.

Dass ein solches Widerstreben stattgefunden hat; und zwar mit Erfolg, dafür sprechen nun mehrere Zeichen. Zuerst die Einschärfung des Princips von der sich in unsern wenig ergiebigen Quellen verhältnissmässig so viele Beispiele finden, alles Fälle, bei denen kein Zweifel stattfinden konnte, wenn eben das Princip selbst unbezweifelte Geltung hatte.

Ferner aber haben wir entschiedene Ursache anzunehmen, dass die ipso jure Compensation in der Zeit des gänzlichen Verfalls zu Grunde ging und auf dem Gebiet, wo allein sie von grosser praktischer Bedeutung war, im Stricti Juris Judicium, wiederum der exceptio doli Platz machte.

Zu dieser Ansicht veranlasst uns sofort die sorgfältige Prüfung der Gesetzesstellen, in denen Justinian die ipso jure Compensation anerkennt und ihr eine weite Geltung anweist. Denn täuschen wir uns nicht, so ergeben sich daraus mehrere wichtige historische Thatsachen, die wir übrigens auch a priori als wahrscheinlich annehmen würden; und die somit fast vollkommen sicher erscheinen; nämlich:

Dass Justinian die Compensation durch exceptio doli geltend vorfand, aber ihre Anwendung mit unerträglichen Missbräuchen verknüpft. Um diese Miss-

bräuche zu beseitigen wandte sich der Kaiser, wie er in derartigen Fällen zu thun pflegte, zu den classischen Juristen, die er am höchsten schätzte, zu Papinian, Ulpian und Paulus; und da er bei ihnen die ipso jure Compensation vorfand, so wollte er dieselbe in sein restituirtes Recht einführen, wie er jenen Juristen eine Menge anderer obsoleter Institute wiederum entlehnt hat. Sein eigener Restitutionsversuch beweist aber zur Genüge, wie vollkommen unfähig er und seine Zeitgenossen waren, sich in die ipso jure Compensation der späteren classischen Zeit hineinzudenken; und zeigt uns daher, dass damals dies Institut ein längst abgestorbenes war, das weder in der Uebung noch in der Erinnerung fortlebte.

L. 14. Cod. IV, 31. *Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem, vel personalibus actionibus inter se observanda. §. 1. Ita tamen compensationes objici jubemus, si caussa, ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare: satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina quum res jam fuerit approbata, tunc ex altera porte quae jam paene convicta est opponi compensationem jam certo et indubitato debito et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent et non procliviores ad admittendas compensationes existant: nec molli animo eas suscipiant; sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent: litem autem pristinam jam paene expeditam sententia terminali componant: excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus. §. 2. Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.*

Inst. IV. 6. §. 30. *In bonae fidei Judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur,*

ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in strictis judiciis ex rescripto Divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes quae jure aperto nituntur latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi sane iniquum esse credimus: ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

Bereits früher hatten wir Gelegenheit zu bemerken, dass durch falsche Interpretation ein Theil der Institutionsparagraphen dahin gedeutet worden ist, *die Compensation durch exceptio doli sei von Marc Aurel eingeführt.* Diese Deutung zuerst von uncritischen Männern gemacht, hat durch häufige Wiederholung eine unverdiente Autorität erhalten; und man ist kaum geneigt, sich von ihrer Haltlosigkeit Rechenschaft zu geben.

Lässt man sich aber von diesem Vorurtheil nicht blenden, und prüft auch nur einen Augenblick, so sieht man die grammatische wie die historische Unmöglichkeit jener Deutung und bald überzeugt man sich, dass sie nur dadurch entstanden ist, *dass man einen Satz aus dem Zusammenhange riss und ihm mit Gewalt eine selbstständige Bedeutung entlocken wollte.* Liest man ihn aber im Zusammenhang, so sieht man alsbald was er wirklich bedeutet. Hier wie in einer Anzahl ähnlicher Stellen[1]) setzt Justinian dem bisher geltenden Gerichtsgebrauch das von ihm jetzt geschaffene Recht entgegen:

„Bisher wurde im S. J. J. vermittelst der Exceptio „doli compensirt, indem man sich auf ein Rescript „Marc Aurel's berief. (Ex rescripto Divi Marci opposita „doli mali exceptione compensatio inducebatur.) — Jetzt

---

[1]) Z B. Inst. III. 1. §. 14. §. 16. III. 7. §.§. 2. 3.

„aber ist durch die kaiserliche Constitutio die ipso jure „Compensation eingeführt.

In der That wissen wir auch aus des Theophilus Paraphrase, dass noch damals der Wortlaut von M. Aurel's Rescript bekannt war, und für wichtig genug galt, um von Theophilus wiedergegeben zu werden. Und wir können daher um so weniger daran zweifeln, dass wirklich in der Zeit unmittelbar vor Justinians Gesetzgebung diese Art der Compensation stattfand.

Doch war dieselbe mit Missbräuchen behaftet, von denen uns der §. 1 der Constitution Justinians ein deutliches Bild gewährt:

Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina quum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte quae jam paene convicta est opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi.

Das ist doch wahrlich nicht ein Phantasiebild, das sich auf zukünftig mögliche Zustände bezieht, sondern es ist augenscheinlich nach der Natur gemalt. Der Kaiser schildert uns die Missbräuche, welche bisher in der Compensation obwalteten, und welche er durch seinen Restitutionsversuch beseitigen will.

Wie nun haben wir uns diese Missbräuche zu denken?

Aller Wahrscheinlichkeit nach ist zu jener Zeit (und schon lange vorher) die weite Befugniss die in der exceptio doli lag von den Richtern in sonderbarer Weise missdeutet worden. Diese Exceptio war bekanntlich nicht nur bei der Personalklage, sondern bei fast allen Civilklagen auch denen *im rem* möglich. Da nun Marc Aurel verordnet hatte, dass in der Exceptio doli die Compensationseinrede mit enthalten sei, so wurde jetzt in allen Civilklagen, gleichviel ob sie persönliche waren oder nicht, nur mittelst der doli Exceptio compensirt. Und dies geschah natürlich nicht in der musterhaften Art, in der es in des Marc Aurel's Zeit im damaligen Bereich der

Compensation geschah. Man wartete vielmehr jetzt in dem gewiss ohnehin lang hinschleppenden Process den Beweis des Klägers ab; und wenn es ihm endlich gelungen war, diesen durchzuführen, so brachte man auf Grund der Exceptio doli einen fingirten Gegenanspruch vor, und mit dem neuen Beweisverfahren, das dann nöthig wurde, und das die Sache wieder unendlich in die Länge zog, trieb man den Kläger zur Verzweiflung.*)

Diese Uebelstände nun glaubte Justinian zu beseitigen, indem er dem Beispiel des Ulpian und Paulus folgend die Exceptio doli durch die ipso jure Compensation ersetzte; sowohl für die persönlichen Klagen, als für die actiones in rem. Wie das häufig zu geschehen pflegt, schob er die Schuld der Verschleppungen nicht auf das schlechte Verfahren seiner eigenen Gerichtshöfe, sondern auf die Compensation durch Exceptio doli; und glaubte mit deren Beseitigung etwas Wesentliches gebessert zu haben.

Aber sein Versuch die ipso jure Compensation an die Stelle jener Compensation durch doli exceptio zu setzen beweist zur Genüge, dass er von dem Wesen der alten ipso jure Compensation keinen Begriff hatte. Sie war eine Compensation der Forderungen und nicht der Klagen; und eben dass sie nicht *im* Processe sondern *vor* demselben eintrat, eben das unterschied sie von der älteren classischen Compensation und machte ihr eigentliches Wesen aus. Eine ipso jure Compensation in der Klage und dazu in den in rem actiones ist ein unbeschreiblicher Widersinn.

---

*) Dass die Justinianischen Verbesserungen auf dem Gebiete der Compensation hauptsächlich den hier geschilderten Missbräuchen abhelfen sollten, beweist auch folgendes Bruchstück aus seiner Const. 11. Cod. Depositi (4, 34) *nullamque compensationem, vel deductionem, vel* **doli exceptionem** *opponat:* **quasi & ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecariam praetendens.**

Eigentlich lag auch die Wiedereinführung der alten ipso jure Compensation dem Verständniss wie dem Willen Justinians gleich fern. Was er wollte, hat er klar genug gesagt: Er wollte die Compensation in allen Klagen, actiones in personam, wie actiones in rem, und zwar ohne den Verzug, und die betrüglichen Vorwände, die sich in die Praxis der Compensation durch Doli Exceptio eingeschlichen hatten.

Dadurch dass er dieser Compensation den Namen *ipso jure Compensatio* gab, und sie mit dem gleichnamigen classischen Institut zu verschmelzen vermeinte, konnte er weder seiner Schöpfung einen classischen Charakter geben, noch jenes Institut ins Leben zurückrufen. Mit dem ganzen classischen Jus Civile war auch dieser letzte Auswuchs desselben lange zu Grabe getragen; und eine ganze Welt untergegangener Ideen hätte wieder ins Leben treten müssen, um die ipso jure Compensation der späteren classischen Zeit wieder zu einem lebendigen Institute zu machen.

Obgleich der Zweck dieser Arbeit kein unmittelbar praktischer ist, so sei es doch gestattet, anzudeuten, wie die hier gewonnenen Resultate sich zum Dogma des praktischen im gemeinen Gebrauch befindlichen Rechts verhalten.

Unsere Betrachtung hat uns das Institut der Compensation in drei Phasen der römischen Rechtsbildung vorgeführt, in der älteren classischen Zeit, in der Zeit des Ulpian und Paulus und in der des äussersten Verfalls. Jede dieser Gestaltungen ging an ihren eigenen inneren Mängeln zu Grunde. Eine nach der andern entsprach zuletzt nicht mehr den herrschenden Anschauungen, und musste deswegen den Platz räumen. Die letzte, die Justinian im Gebrauch vorfand, wird vielleicht von diesem Vorwurf am wenigsten betroffen. Aber wenn hier die Theorie der Zeit im ganzen an-

gemessen war, so war doch die Praxis mit schreienden Missbräuchen behaftet, welche ein Mann nicht dulden konnte, der das Recht im Lichte der grossen classischen Jurisprudenz betrachtete. Unglücklicher Weise hat nun Justinian nur gesehen, **dass** hier ein Uebel vorhanden war, aber sich sowohl hinsichtlich der Ursachen als der Heilmittel vollkommen getäuscht. Wäre die damalige Compensationslehre — die wir freilich mehr errathen als erkennen — von einigen Auswüchsen befreit worden, und wäre die Praxis eine andere gewesen, so hätte damals das Institut eine für alle Zeiten bleibende Gestalt annehmen können. Aber statt die Praxis zu verbessern, versuchte Justinian, in der Theorie auf die mit Recht überwundene Form zurückzukommen, welche die spätere classische Jurisprudenz der Compensationslehre gegeben. Dieser Versuch Justinians ist ein im höchsten Grade missglückter zu nennen; und es ist unmöglich, aus den heterogenen Elementen, die sich auf diesem Gebiet in seinen Rechtsbüchern finden, ein Ganzes zu machen.

Betrachten wir dem gegenüber die Compensationslehre, die noch vor nicht allzulanger Zeit bei uns die allein herrschende war, und die auch noch heut nicht wesentlich erschüttert ist, so erkennen wir ein Dogma, das der inneren Harmonie nicht entbehrt und das mit den übrigen heutigen Anschauungen in Einklang steht. Dieses Dogma ist weder das Justinians noch das der früheren oder der späteren classischen Zeit. Dasselbe beruht vielmehr auf einer Quelleninterpretation, die sich vom rein critischen Gesichtspunkte aus vielfach nicht billigen lässt. Wir sehen aber, nicht ohne einiges Erstaunen, dass dieses Dogma trotz des ungleich grösseren wissenschaftlichen Werthes im Grossen und Ganzen demjenigen entspricht, welches im sechsten Jahrhundert durch die justinianische Gesetzgebung beseitigt wurde. Doch ist dieses Zusammentreffen kein zufälliges. Denn, wie wir, hatten die Byzantiner die Aufgabe, aus den Schätzen des römischen Rechts sich diejenigen anzu-

eignen, die nicht speciell einer einzelnen Epoche des römischen Rechtslebens angehören, sondern für alle Zeiten passend sind. Und wie die Byzantiner, so wenden auch wir uns, oft mit, und oft trotz der historischen Critik dieser Aufgabe instinctmässig zu. Auf dem Gebiete der Compensation aber scheint die Aufgabe durch die heutige gemeinrechtliche Doctrin in einer solchen Weise gelöst zu sein, dass es thöricht wäre, daran mäkeln zu wollen. In dieser Ueberzeugung kann uns die unbefangene Prüfung der früheren Perioden unserer Lehre nicht erschüttern sondern nur bestärken.

Nachträge.

I) Zu pp. 30—31. Wir bitten **recht dringend**, man wolle die an diesem Platze befindliche Erklärung der Stellen XXI und XXIV als nicht vorhanden, und durch die nachfolgende ersetzt betrachten. Diese Erklärung aber möge man einer **recht ernstlichen Prüfung** unterwerfen.

In den Stellen XXI und XXIV findet sich der sonst nicht vorkommende Ausdruck; *In compensationem venit* (*veniunt*). Was bedeutet er? Wir wollen zur Erklärung zwei Parallelstellen heranziehen, an denen sofort auffällt, *wie vollkommen* sie mit den Stellen XXI und XXIV parallel sind. Beide Stellen sind aus dem Titel *Dig. de Cond. indebiti* (XII 6). Zu XXI Dig. XII 6 l. 19 pr. *naturalis obligatio manet et ideo solutum repeti non potest.* Zu XXIV. Ibid. l. 26 §. 2 ... *indebitum solutum accipimus .... si per aliquam exceptionem perpetuam peti non potest.*

In den der Condictio indebiti betreffenden Fragen handelt es sich sicher um die *aussergerichtliche Zahlung zweifelhafter Forderungen.* Fassen wir nun den obigen Parallelismus und den auch sonst regelmässig bestehenden zwischen *Compensation* und *Zahlung* in's Auge, so wird uns die Vermuthung nahe gelegt, dass diese Analogie auch hier stattfinde. Wir wollen diese Vermuthung zuerst als solche für richtig annehmen und darauf gestützt eine Erklärung der Stellen XXI und XXIV versuchen. Es würde sich demgemäss fragen: „*Welche Folge hat es, wenn einer rechtlich zweifelhaften Forderung gegenüber eine rechtlich unzweifelhafte aussergerichtlich aufgerechnet wird?*“ Diese Frage wollen wir mit der von der *Zahlung* rechtlich zweifelhafter Forderungen combiniren und so die Stellen XXI und XXIV gemeinsam mit den zwei Parallelstellen in Eine Betrachtung ziehen.

Es handelt sich in den 4 Stellen um zwei entgegengesetzte Arten rechtlich zweifelhafter Forderungen:

a) *Naturales*, die civil ungültig, prätorisch in gewissen Grenzen gültig, sind.

b) *Quae per exceptionem perimi possunt,* die civil gültig, prätorisch ungültig sind.

a) Ist die zweifelhafte Obligation *naturalis,* so ist die Zahlung unwiderruflich, die aussergerichtliche Compensation giltig und die Forderung, die *gegen* die naturalis obligatio aufgerechnet wird, geht durch diese Aufrechnung zu Grunde (*naturalis obligatio in compensationem venit*).

b) Kann die zweifelhafte Obligation, wenn eingeklagt, durch Exceptio perimirt werden, so ist die Zahlung widerruflich, die versuchte Compensation nichtig, und die gegen eine solche Forderung aussergerichtlich aufgerechnete Obligation geht nicht zu Grunde. (*Quaecunque per exceptionem perimi possunt in compensationem non veniunt*).

Wo keine valide Forderung vorhanden ist, da ist *überhaupt keine* Compensation möglich und die Validität der Forderung wird hier nur vom prätorischen, keineswegs vom civilen Gesichtspunkt aus betrachtet, genau wie im Constitutum:

Dig. XIII 5. l. 3 §. 1. *Si quis . . . constituerit quod jure civili debebat, jure praetoris non debebat, id est per exceptionem . . . . . eum non teneri.*

Unsere Erklärung obiger Stellen ist daher gewiss richtig; denn sie zeigt die auch sonst so allgemeine Harmonie des classischen Rechts und stimmt mit der ganzen classischen Lehre von den naturales obligationes auf's vollkommenste.

Will man hingegen, wie ganz allgemein geschieht, die Stellen XXI und XXIV auf die Compensation im Rechtsstreit beziehen, so stösst man auf folgende unüberwindliche Schwierigkeiten:

1) Es findet sich in den Pandecten kein einziger Fall, wo der Gegner *gezwungen* wird, sich eine *naturalis obligatio* anrechnen zu lassen. Er kann dazu so wenig als zur **Zahlung** der *naturalis obligatio* gezwungen werden.

2) Es ist ausdrücklich gesagt, dass alle compensable Forderungen auch eingeklagt werden können (Stelle XVIII).

3) Das Aufhören der Klagbarkeit der Forderungen beruht auf dem Edict. Jure Civili sind alle Obligationen *perpetuae.* Wäre es da nicht unaussprechlich verkehrt, wenn die durch das Edict der Klage beraubte Forderung *eben durch das Edict* (aus dem ja die Exception entspringt) wiederum indirect klagbar würde? Zumal da die Exeeptio nur auf dem Imperium beruht, und nicht etwa von einer theilweisen Fortdauer des Jus Civile die Rede sein kann.

4) Die XXIV. Stelle wäre nichtssagend; denn es versteht sich von selbst, dass wo die Actio durch Exceptio entkräftet wird, der Exceptio die Replieatio entgegensteht. Dergleichen nichtssagende Dinge pflegt man bei den Römern nicht zu finden, zumal in einer so sonderbaren abrupten Form, als dies hier der Fall sein würde.

Während also unsere Auffassung den Stellen XXI und XXIV auf's harmonischste ihren Platz im classisehen Recht anweist, ist die bisherige Auffassung mit dem classischen Recht nicht in Einklang zu bringen.

Uebrigens hat wahrscheinlich schon Justinian die heutzutage geltende Auffassung herrschend vorgefunden und er hat sie ohne Zweifel getheilt. Schon aus diesem Grunde wäre es ganz widersinnig, wenn die obige Erklärung mit dem *heutigen Dogma* auf dem Gebiete der Compensation in irgend eine Beziehung gebracht würde. Es lässt sich ja ohne Mühe naehweisen, dass die heutige auf diesem Gebiete

bestehende Doctrin sich ganz von dem römischen Boden loslöst und das den heutigen Bedürfnissen angemessene aus dem römischen Material zu einem neuen Ganzen vereinigt hat. Dieses Ganze modificiren oder gar zerstören zu wollen, wäre aber eine wahre Thorheit, wenn sich selbst ein solcher Versuch mit den natürlichen Principien aller Rechtstradition vereinigen liesse.

II) Siehe p. 46 (Stelle IX). Auch der Ausdruck *si judex compensationis rationem non habuerit* gehört zu denen, die trotz der Einführung der *ipso jure* Compensation stehen geblieben sind. Er bedeutete schon seit langer Zeit nichts anderes, als dass der Judex die Compensation zurückweisen sollte, wo die (juristisch feststehenden) Voraussetzungen derselben fehlten. So war es im Bonae fidei Process auch jetzt. Das *rationem habere* trat ein, wo die *ipso jure* Compensation stattgefunden, es trat *nicht* ein, wo keine stattgefunden. Nur der ohnehin längst den Thatsachen nicht mehr entsprechende Ausdruck blieb bestehen.

Druck von Th. Gumprecht in Berlin, Stralauer-Strasse 42.



I. *CICERO de officiis, liber III, caput 17, 70.*
Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in his magni esse judicis statuere — praesertim quum in plerisque essent judicia contraria — quid quemque cuique praestare oporteret.

II. *GAIUS Institutt. lib. IV. §§ 61 — 63.*
§ 61. continetur ut habita ratione ejus quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condemnare. § 62. Sunt autem bonae fidei judicia haec: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, commodati. § 63. Tamen judici nullam . . . . compensationis rationem habere . . . . formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, ideo officio judicis contineri creditur.

III. *Dig. XIII 6. l. 18. § 4. GAI. l. 9. ad Edict.*
Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio quo cum eo agitur potest salvum habere jure pensationis. Sed fieri potest ut amplius esset quod invicem aliquem consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine judice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem.

IV. *Dig. h. t. l. 7. § 1. ULPIAN. l. 27 ad Edict.*
Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei judicatae exceptio objici potest. Aliud dicam, si reprobavit pensationem, quasi non existente debito: tunc enim rei judicatae mihi nocebit exceptio.

V. *Dig. h. t. l. 9. PAULUS lib. 32. ad Edict.*
Si cum filiofamilias aut servo contracta sit societas et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus: quamvis, si ageremus, duntaxat de peculio praestaretur.

VI. *Dig. h. t. l. 20. PAPIN. lib. XIII Responsorum.*
Ob negotium copiarum expeditionis tempore mandatum, curatorem condemnatum pecuniam jure compensationis retinere non placuit quoniam ea non compensatur.

VII. *Dig. XXVI. 3, l. 3. POMPON. lib. 5 ad Sab.*
Si tutelae, aut negotiorum gestorum agatur, incerto hoc, quantum ab adversariis debetur tutori, procuratorive: arbitratu judicis cavendum est, quod eo nomine eis absit.

VIII. *Dig. XXVI 7, l. 36. PAPIN. lib. 3. Quaest.*
Inter tutores divisa tutela est: Aequitas, quae merum jus compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris non differtur. Nam divisio tutelae, quae non juris, sed jurisdictionis est, modum administrationi facit, et inter ipsos locum habet, nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.

IX. *Dig. XXVII. 4. l. 1. § 4. ULPIAN. l. 36 ad Ed.*
Praeterea, si tutelae judicio quis convenitur, reputare potest id, quod in rem pupilli impendit. Sic erit arbitrii ejus, utrum compensare, an petere velit sumptus. Quid ergo, si judex compensationis ejus rationem non habuit? an contrario judicio experiri possit? Et utique potest: Sed si reprobata est haec reputatio, et adquievit, non debet iudex contrario judicio id sarcire.

X. *Cod. IV. 31, l. 7. Imp. ALEXANDER A. Euzofio.*
Si ex venditione pretium venditori debetur: compensationis ratio opponitur. Adversus fiscum enim solummodo emptores petitioni pretii compensationem objicere prohibentur.

XI. *Dig. XLIX. 14. l 46. § 5. HERMOGENIAN. Juris Epitom. lib. V.*
Ut debitoribus fisci, quod fiscus debet, compensetur, saepe constitutum est: excepta causa tributoria, et stipendiorum, item pretio rei a fisco emptae, et quod ex causa annonaria debetur.

XII. *GAIUS Institutt. lib. IV. §§ 64 — 67.*
§ 64. Alia causa est illius actionis qua argentarius experitur: nam is cogitur cum compensatione agere (id est, ut) compensatio verbis formulae comprehendatur; itaque argentarius ab initio compensatione facta minus intendit sibi dare oportere, ecce enim si Sestercium X Millia debeat Titio atque ei XX debeat Titius, ita intendit, si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet. § 65. Item . . . . bonorum emptor cum deductione agere debet, id est, ut in hoc solum adversarius condemnetur, quod superest deducto eo quod invicem sibi defraudatoris nomine debetur. § 66. Inter compensationem autem quae argentario imponitur et deductionem quae obiicitur bonorum emptori, illa differentia est, quod in compensationem hoc solum vocatur quod ejusdem generis et naturae est, veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, uinum cum uino: adeo ut quibusdam placeat non omni modo uinum cum uino aut triticum cum tritico compensandum, sed ita si ejusdem naturae qualitatisque sit; in deductionem autem vocatur et quod non est ejusdem generis; itaque si pecuniam petat bonorum emptor et inuicem frumentum aut uinum is debeat, deducto quanti id erit in reliquum experitur. § 67. Item uocatur in deductionem et id quod in diem debetur: compensatur autem hoc solum, quod praesenti die debetur. Praeterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur: quo fit ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat, deductio uero ad condemnationem ponitur quo loco plus petenti periculum non intervenit, utique bonorum emptore agente, qui licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.

XIII. *Dig. X 2, l. 52. § 2. JULIAN. ad Ursej. Ferocem.*
Arbiter familiae erciscundae inter me et te sumtus quaedam mihi quaedam tibi adjudicare volebat, pro his rebus alterum alteri condemnandos esse intelligebat; quaesitum est an possit pensatione ultro citroque condemnationis facta, eum solum cujus summa excederet duntaxat summae quae ita excederet, damnare? Et placuit posse id arbitrum facere.

XIV. *Dig. h. t. l. 10. § 3. ULPIAN. lib. 63 ad Ed.*
In stipulationibus quoque, quae instar actionum habent, (id est, praetoriis) compensatio locum habet: et secundum Julianum, tam in ipsa stipulatione, quam in ex stipulatu actione poterit objici compensatio.

XV. *JUSTINIAN. Institutt. IV. 6. § 30.*
Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur.

XVI. *THEOPHILUS ad Inst. IV. 6. § 30.*
Διάταξις δὲ γέγονε Μάρκου τοῦ βασιλέως ἥ τις φησὶν ἐναγόμενόν με στρίκτα ἀγωγῇ περὶ ι νομισμάτων, καὶ ἀντεποφειλόμενον ε δύνασθαι ἀντιτιθέναι τῇ ἀγωγῇ τὴν τοῦ δόλου παραγραφήν. Καὶ τῆς τοιαύτης ἀντιτεθείσης παραγραφῆς χώρα δίδοται τῷ δικαστῇ, δέξασθαι τὴν κομπενσατίωνα, καὶ εἰς ε μόνα καταδικάσαι νομίσματα.
Versio Curtii Brugensis.
Sed emissum est Marci Caesaris rescriptum quo cavetur: ut cum stricti juris actione decem aurei a me petuntur et quinque invicem mihi debentur, liceat mihi doli exceptionem agenti anteponere. Qua exceptione potestas datur judici, ut compensationem admittat et me in quinque tantum aureos damnet.

XVII. *Dig. XVI. 2. l. 2. JULIANUS lib. 90. Digestorum.*
Unusquisque creditorem suum, eundemque debitorem, petentem summovet, si paratus est compensare.

XVIII. *Ib. l. 3. POMPONIUS lib. 25 ad Sab.*
Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere.

XIX. *Ib. l. 4. PAULUS lib. 3. ad Sabinum.*
Verum est, quod et Neratio placebat, et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest, sicut enim, cum totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest.

XX. *Ib. l. 5. GAIUS lib. 9. ad Edictum provinciale.*
Si quid a fidejussore petatur, aequissimum est, eligere fidejussorem, quod ipsi, an quod reo debetur, compensare malit: sed et, si utrumque velit compensare, audiendus est.

XXI. *Ib. l. 6. ULPIANUS lib. 30. ad Sabinum.*
Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.

XXII. *Ib. l. 7. IDEM lib. 28. ad Edictum.*
Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quanquam dari oporteat.

XXIII. *Ib. l. 13. IDEM lib. 66. ad Edictum.*
Quod Labeo ait, non est sine ratione: ut, si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in caeteris non objiciatur.

XXIV. *Ib. l. 14. JAVOLENUS lib. 15. ex Cassio.*
Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.

XXV. *Ibidem l. 15. IDEM lib. 2. Epistolarum.*
Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum: is petit a me, quam ei debeo, pecuniam: Quaero, an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit, certo loco dari? Respondit: Si Titius petit, eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet: sed cum sua causa, id est, ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit, eo loco, quo convenerit, pecuniam dari.

XXVI. *Dig. XXIV. l. 7. § 2. ULP. l. 31. ad Sab.*
Si vir et uxor quia invicem sibi donaverint, et maritus servaverit, uxor consumpserit, recte placuit compensationem fieri donationum; et hoc Divus Hadrianus constituit.

XXVII. *Dig. XXIV. 1. l. 32. § 9. ULP. l. 33. ad Sab.*
Quod ait Oratio consumpsisse, sic accipere debemus, ne is, qui donationem accepit, locupletior factus sit: caeterum, si factus est, Orationis beneficium locum habebit. Sed et si non sit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem, eaque extet dicendum est, si is decessit, qui factus est locupletior, posse repetere id, quod dedit, nec compensare id, quod consumpsit: quamvis, divortio secuto, haec compensatio locum habeat.

XXVIII. *PAULUS R. S. II 5. § 3.*
Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur, veluti si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas aut frumentum, aut cetera hujusmodi, compensare vel deducere debes, si totum petas, plus petendo causa cadis.

XXIX. *Dig. h. t. l. 22. SCAEVOLA l. 2. Quaest.*
Si debeas decem aut hominem utrum adversarius volet, ita compensatio hujus debiti admittitur si adversarius palam dixisset utrum voluisset.

XXX. *Dig. XII 6. l. 23. § 1. ULP. l. 43 ad Sab.*
Si post rem judicatam quis transegerit et solverit, repetere poterit idcirco quia placuit, transactionem nullius esse momenti. Hoc enim Imperator Antoninus cum Divo Patre suo rescripsit; retineri tamen atque compensari in causam judicati quod ad talem transactionem solutum est, potest.

XXXI. *Dig. h. t. l. 9. § 1. PAULUS l. 32 ad Ed.*
Sed si cum filiofamilias agatur, si, quae patri debeantur, filius compensare possit, quaeritur? Et magis est admittendum: quia unus contractus est; sed cum conditione, ut caveat, patrem suum ratum habiturum, id est, non exacturum, quod is compensaverit.

XXXII. *Dig. h. t. l. 10. ULPIANUS lib. 63 ad Ed.*
Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est, desinere nos invicem esse obligatos, ipso jure compensatione negligentiae facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri, et ipso jure invicem liberationem. § 1. Si quis igitur compensare potens, solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto. § 2. Quotiens ex maleficio oritur actio, utputa, ex causa furtiva, caeterorumque maleficiorum, si de ea pecuniarie agitur, compensatio locum habet. Idem est, et si condicatur ex causa furtiva. Sed et qui noxali judicio convenitur, compensationem opponere potest.

XXXIII. *Dig. h. t. 11. IDEM lib. 32 ad Edict.*
Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam, debet, constitutum est a Divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas.

XXXIV. *Dig. h. t. 12. IDEM lib. 64. ad Sab.*
Idem juris est non solum in privatis, verum etiam in causa fisci constitutum. Sed et si invicem sit usuraria pecunia, diversae tamen sint usurae, compensatio nihilominus locum habet ejus, quod invicem debetur.

XXXV. *Dig. h. t. l. 21. PAULUS lib. 1. Quaest.*
Postea quam placuit inter omnes id quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

XXXVI. *Dig. XVIII. 1. l. 57. § 3. PAULUS l. 5. ad Plaut.*
Quod si uterque sciebat, et emptor et venditor, domum esse exustam totam, vel ex parte, nihil actum fuisse: dolo inter utramque partem compensando; et judicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente.

XXXVII. *Dig. XXIV. 3. l. 15. § 1. PAUL. l. 7 ad Sab.*
Heredi mariti, licet in solidum condemnetur, compensationes tamen, quae ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, ut hoc minus sit obligatus: veluti ob res donatas, et amotas, et impensas.

XXXVIII. *Cod. III. 37. l. 3. Imp. ALEXANDER A. Verecundiano.*
Ad officium arbitri, qui inter te et fratrem tuum, pro dividendis bonis datus fuerit, ea sola pertinent, quae manent communia tibi et illi. Nam ea, quorum partem is vendidit, cum emptoribus tibi communia sunt, et adversus singulos arbitrum petere debes, si ab illorum quoque societate discedi placeat. Cum autem regionibus dividi commode aliquis ager inter socios non potest, vel ex pluribus singuli: aestimatione justa facta, unicuique sociorum adjudicantur, compensatione pretii invicem facta, eoque, cui res majoris pretii obvenit caeteris condemnato: ad licitationem nonnumquam etiam extraneo emptore admisso, maxime si se non sufficere ad justa pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licitantem profiteatur. PP. 5. Non. Maji, JULIANO et CRISPINO COSS. 223.

XIL. *Cod. IV. 31. l. 2. Imp. ANTONINUS A. Asclepiadae.*
Ex causa quidem judicati si debitum solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio ejus admitti potest. Eum vero, qui judicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse, nemini dubium est.

XL. *Ib. l. 4. Imp. ALEXANDER A. Luciano.*
Si constat pecuniam invicem deberi: ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.

XLI. *Ib. 5. IDEM A. Honoratae.*
Etiamsi fideicommissum tibi ex ejus bonis deberi constat, cui debuisse te minorem quantitatem dicis: aequitas compensationis usurarum excludit computationem. Petitio autem ejus, quod amplius tibi deberi probaveris, sola relinquitur.

XLII. *Cod. V. 21. l. 1. Imp. ALEXANDER A. Polydeucae.*
Compensationis aequitatem jure postulas. Non enim prius exsolvi, quod debere te constiterit, aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit: eo magis, quod ea te persequi dicis, quae divortii causa amota quereris. Cum igitur apud competentem judicem ex stipulatu conveniaris: apud eundem doce tui juris res ablatas esse. PP. Dat. 5. Cal. Dec. ALEXANDRO A. 3. et DIONE COSS. 230.



